

**EVENTUELLE ANSPRUCHSKONKURRENZ UND
UNECHTE EVENTUALKLAGE**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Klaus Hakenbeck
aus Rottweil

1979

**EVENTUELLE ANSPRUCHSKONKURRENZ UND
UNECHTE EVENTUALKLAGE**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Klaus Hakenbeck
aus Rottweil

1979

Dekan: Prof. Dr. Karl Kroeschell
Referent: Prof. Dr. Peter Arens
Korreferent: Privatdozent Dr. Peter Dietrich

Tag der mündlichen Prüfung: 13.2.1979

Inhaltsverzeichnis

<u>Allgemeine Einleitung</u>	1
1. Die eventuelle Anspruchskonkurrenz	1
2. Die unechte Eventualklage	2
3. Das zu untersuchende Problem	4
4. Der Gang der Untersuchung	6

1. Abschnitt

Begriffliche Skizzierung der eventuellen Anspruchskonkurrenzen

1. Die echte eventuelle Anspruchskonkurrenz	8
1.1. Die eigentliche eventuelle Anspruchskonkurrenz	8
1.2. Die uneigentliche eventuelle Anspruchskonkurrenz	9
2. Die unechte eventuelle Anspruchskonkurrenz	9

2. Abschnitt

Die unechte Eventualklage in Gesetz, Rechtsprechung und Literatur

1. Unechte Eventualklage und eigentliche eventuelle Anspruchskonkurrenz	11
1.1. Die unechte Eventualklage in der Gesetzgebung	11
1.2. Die unechte Eventualklage in Rechtsprechung und Literatur	16
1.2.1. Die Rechtsnatur der unechten Eventualklage	16
1.2.2. Antrag und Tenorierung bei der unechten Eventualklage	18
1.3. Der Meinungsstand hinsichtlich der Zulässigkeit der unechten Eventualklage nach geltendem Recht	20
1.3.1. Rechtsgrundlage ist die vom Schuldner zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit	20
- Fall 1 -	

1.3.1.1.	<u>1. Alternative:</u> Die Unmöglichkeit der Primärleistung besteht bereits während des Prozesses	22
a)	Die Behandlung des Unmöglichkeitseinwandes durch die Rechtsprechung des RG	23
b)	Die Bedenken und Kritik gegenüber dieser Rechtsprechung	24
c)	Die Unzulässigkeit dieser Klagenverbindung	26
1.3.1.2.	<u>2. Alternative:</u> Die Unmöglichkeit entsteht nach dem Prozeß.	28
1.3.2.	Rechtsgrundlage für den Sekundäranspruch ist § 286 Abs. 2 BGB - Fall 2 -	31
1.3.3.	Rechtsgrundlage für den Sekundäranspruch sind die Fristsetzungsfälle - Fall 3 -	32
2.	Unechte Eventualklage und uneigentliche eventuelle Anspruchs Konkurrenz	37
3.	Unechte Eventualklage und unechte eventuelle Anspruchs Konkurrenz	40

3. Abschnitt

Die Ermittlung der Ansatzpunkte für die eigene Untersuchung

1.	Die Besonderheiten der unechten Eventualklage gegenüber der kumulativen Klagenhäufung	44
2.	Der Meinungsstand als Konsequenz der prozessualen Streitgegenstandstheorien	47
3.	Der Prozeß und das materielle Recht	48
3.1.	Die Anspruchslehre von Georgiades	49
3.2.	Die Anspruchslehre von Henckel	50
3.3.	Die Anspruchslehre von Rimmelspacher	51
4.	Die Anspruchslehre von Rimmelspacher als Anknüpfungspunkt für die eigene Untersuchung	54

4. Abschnitt

Die eigentliche eventuelle Anspruchs Konkurrenz im materiellen Recht und im Prozeß

1. Unterabschnitt

	<u>Das materiellrechtliche Anspruchsverhältnis</u>	55
1.	Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung als geschäftsähnliche Handlung	57

2.	Die rechtliche und wirtschaftliche Qualität des künftigen Sekundäranspruches.	60
3.	Der Vergleich der Leistungsstörung mit der unerlaubten Handlung	62
4.	Der zukünftige Sekundäranspruch kein Gegenstand des Rechtsverkehrs	67
4.1.	Die grundsätzliche Abtretbarkeit künftiger Ansprüche	67
4.2.	Die Verschlechterung der Rechtsstellung von Schuldner und Zessionar infolge der Abtretung	68
4.3.	Die Lösung des Problems	71
4.3.1.	Mit dem Anspruchsbegriff von Henckel	72
4.3.2.	Mit dem Anspruchsbegriff von Rimmelspacher	73
5.	Die Rechtsqualität des Primäranspruches, wenn die Voraussetzungen des Sekundäranspruches vorliegen	75
5.1.	Die h.L. von der Identität zwischen Erfüllungs- und Ersatzanspruch (Lehre von der Anspruchsumwandlung)	77
5.2.	Die Lehre vom Fortbestand des Primäranspruches	81
5.3.	Der Primäranspruch als Naturalobligation	84

2. Unterabschnitt

<u>Das prozeßrechtliche Anspruchsverhältnis</u>		87
1.	§ 260 ZPO als Rechtsgrundlage für die unechte Eventualklage	88
2.	Die Bedenken aus § 259 ZPO	88
2.1.	Die Grenzen der Rechtsschutzfähigkeit nach § 259 ZPO	89
2.2.	Die mangelnde Rechtsschutzfähigkeit der eigentlichen eventuellen Sekundäransprüche	92
2.2.1.	Nach den gewonnenen Abgrenzungskriterien	92
2.2.2.	Die Bestätigung des Ergebnisses durch die Regelung des § 916 Abs. 1 und 2 ZPO	94
2.3.	Das besondere Rechtsschutzbedürfnis nach § 259 ZPO	95
3.	Die Bedenken aus dem Verhältnis von Primär- und Sekundäranspruch	96

3.1.	Keine kumulative Klagenhäufung	96
3.2.	Die Unzulässigkeit der alternativen Klagenhäufung.	

5. Abschnitt

<u>Die uneigentliche eventuelle Anspruchskonkurrenz im materiellen Recht und im Prozeß</u>	109
--	-----

1. Unterabschnitt

<u>Das materiellrechtliche Anspruchsverhältnis</u>		104
1.	Die elektive Konkurrenz von Primäranspruch und Gestaltungsrecht	104
1.1.	Die facultas alternativa des Gläubigers	105
1.2.	Die Aufhebungs- und Vernichtungsrechte	106
2.	Die Rechtsqualität und wirtschaftliche Funktion der Gestaltungsrechte	107
3.	Die Rechtsqualität des Primäranspruchs nach Ausübung des Gestaltungsrechts	108
4.	Die Rechtsqualität des künftigen Sekundäranspruchs	109
5.	Der Sekundäranspruch als Gegenstand des Rechtsverkehrs	111

2. Unterabschnitt

<u>Das prozeßrechtliche Anspruchsverhältnis</u>		
1.	Die Bedenken aus § 259 ZPO	113
1.1.	Die Rechtsschutzzfähigkeit der künftigen Sekundäransprüche	113
1.1.1.	Nach den gewonnenen Abgrenzungskriterien	113
1.1.2.	Mangelnde Rechtsausübung und Prozeßrechtsschutz nach § 259 ZPO	115
1.2.	Das besondere Rechtsschutzbedürfnis nach § 259 ZPO	116
2.	Die Bedenken aus dem Verhältnis von Primär- und Sekundäranspruch	117
2.1.	Keine kumulative Klagenhäufung	117
2.2.	Die Unzulässigkeit der alternativen Klagenhäufung	118

6. Abschnitt

<u>Die unechte eventuelle Anspruchskonkurrenz im materiellen Recht und im Prozeß</u>	118
--	-----

1. Unterabschnitt

<u>Das materiellrechtliche Anspruchsverhältnis</u>	118
1. Das kumulative Verhältnis von Primär- und Sekundäranspruch	118
2. Der Primäranspruch kein Gegenstand des Rechtsverkehrs	121
3. Der künftige Sekundäranspruch als Gegenstand des Rechtsverkehrs	122

2. Unterabschnitt

<u>Das prozeßrechtliche Anspruchsverhältnis</u>	124
1. Die Voraussetzungen des § 259 ZPO	124
1.1. Die Rechtsschutzfähigkeit der künftigen Sekundäransprüche nach § 259 ZPO	124
1.2. Das besondere Rechtsschutzbedürfnis nach § 259 ZPO	125
2. Die unechte eventuelle Anspruchskonkurrenz als kumulative Klagenhäufung	127
3. Die Zulässigkeit der Klagenverbindung als präparatorische Inzidentklage	128

<u>Allgemeine Schlußbetrachtung</u>	132
-------------------------------------	-----



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543108_0031

Allgemeine Einleitung

1. Die eventuelle Anspruchskonkurrenz

Eine Anspruchskonkurrenz liegt nach überkommener Auffassung dann vor, wenn entweder nur eine Leistung auf Grund mehrerer Rechtsnormen geschuldet wird ¹⁾, oder wenn mehrere sich jeweils gegenseitig ausschließende Leistungen geschuldet werden ²⁾.

Von einer eventuellen Anspruchskonkurrenz spricht man, wenn unter bestimmten rechtsgeschäftlich vereinbarten oder gesetzlich normierten Voraussetzungen an die Stelle einer ursprünglich geschuldeten Leistung eine andere Leistung treten kann, die nunmehr die allein geschuldete ist.

Der Unterschied zwischen diesen beiden Fällen der Anspruchskonkurrenz beschränkt sich darauf, daß die Anspruchsnormen einmal nebeneinander und einmal nacheinander konkurrieren. Als der geläufigste und für die Praxis bedeutendste Fall einer eventuellen Anspruchskonkurrenz sei an dieser Stelle der Erfüllungsanspruch in seinem Verhältnis zu dem unter den verschiedensten Voraussetzungen entstehenden Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung angeführt.

1) Vgl. z.B. Ennecerus/Nipperdey, AT d.BGB II S. 1391; Palandt-Gramm, Einf. zu § 823 Anm. 2; Ennecerus/Lehmann, S. 879; Erman/Drees, § 823, 3c; vielfach wird hier von einer Anspruchsnormenkonkurrenz, bei der nur ein Anspruch vorliege, gesprochen; neuerdings ausführlich Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz; kritisch hierzu Arens in AcP 170, S. 392 ff m.w.N.

2) Erler, S. 60 spricht hier von einer elektiven Anspruchskonkurrenz als einem Unterfall der Anspruchskonkurrenz; a.A. Staudinger/Weber, Einl. zu § 241, Anm. 33, der hierin einen Fall der Gesetzeskonkurrenz sieht.

Im folgenden wird der ursprüngliche Anspruch als Haupt- oder Primäranspruch, der unter bestimmten Voraussetzungen entstehende Anspruch als eventueller Anspruch, Ersatz- oder Sekundäranspruch bezeichnet.

2. Die unechte Eventualklage

Der eventuellen Anspruchskonkurrenz im materiellen Recht entsprechen in prozessualer Hinsicht zwei Möglichkeiten:

Entweder geht der Gläubiger im Wege der echten Eventualklage gegen den Schuldner vor. Hier macht er den Sekundäranspruch für den Fall geltend, daß der Primäranspruch nicht begründet ist. Dies wird ihm stets dann zu raten sein, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Voraussetzungen des Sekundäranspruchs gegeben sind, da damit die Geltendmachung des Primäranspruchs ausgeschlossen ¹⁾ bzw. ohne Interesse ist. Dem Gläubiger, der zunächst nur den Primäranspruch geltend macht, entsteht jedoch kein Nachteil; er kann nämlich, wenn die Beweisaufnahme z.B. ergibt, daß dem Schuldner die Primärleistung schuldhaft unmöglich geworden ist, die Klage ohne weiteres gemäß § 264 Nr. 3 ZPO umstellen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die Zulässigkeit dieser echten Eventualklage ist allgemein anerkannt.

1) Von dem im Rahmen der Unmöglichkeitstheorie bestehenden Meinungsstreit, ob die Unmöglichkeit den primären Erfüllungsanspruch untergehen läßt oder er neben dem sekundären Schadensersatzanspruch bestehen bleibt, sei an dieser Stelle abgesehen. Über die verschiedenen Lehrmeinungen vgl. Planck/Siber, § 280 Bem. 2 u. § 286 Bem. 25; neuerdings Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung.

Der Gläubiger kann auch im Wege der sogenannten unechten Eventualklage gegen den Schuldner vorgehen ¹⁾. Im Unterschied zur echten Eventualklage, die für den Fall des Nichtbestehens des primär geltend gemachten Anspruchs erhoben wird, wird die unechte Eventualklage für den Fall erhoben, daß die Klage aus dem Primäranspruch begründet ist und eine Verurteilung deswegen erfolgt, der Gläubiger daneben aber die Verurteilung aus dem Sekundäranspruch erreichen will. Die unechte Eventualklage wird dadurch charakterisiert, daß der erste Antrag immer auf eine fällige Leistung, der zweite Antrag auf eine künftige Leistung i.S.d. § 259 ZPO gerichtet ist ²⁾.

Mit der unechten Eventualklage wird der Gläubiger also in den Stand gesetzt, neben der Verurteilung des Schuldners zur fälligen Primärleistung gleichzeitig einen Titel über den noch künftigen Sekundäranspruch zu erhalten. Für den geläufigsten Fall der eventuellen Anspruchskonkurrenz lautet die allgemein gebräuchliche Formulierung des unechten Eventualantrages: Der Beklagte wird verurteilt "im Unvermögensfall" oder "im Fall nicht fristgerechter Erfüllung" Schadensersatz ... zu leisten ³⁾.

1) So die Terminologie der wohl h.M., vgl. Auffarth/Müller, KschG, § 7 Anm. 6; Lent, JR 51, S. 375; Mühl, JuS 64, 110 f; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 260, Anm. II B, 3; BAG NJW 65, S. 1042; a.A. Behrends, Die Anspruchshäufung im Zivilprozeß, S. 71, der hier von einer Inzidentklage spricht; Kion, Eventualverhältnisse im Zivilprozeß, S. 35, trifft die Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Eventualverhältnis danach, ob das Gericht an eine durch die Partei vorgenommene Reihung bei der Entscheidung gebunden ist.

2) Stein/Jonas / Schumann/Leipold, § 260 Anm. II B 3

3) Furtner, S. 115; Kion, S. 37; Weiß, Uneigentliche Eventualanträge, S. 57; OLG Köln in MDR 50, S. 432.

3. Das zu untersuchende Problem

Ausdrücklich zugelassen wird die unechte Eventualklage nur unter den Voraussetzungen des § 510 b ZPO vor dem Amtsgericht ¹⁾. Hiernach kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers neben der Verurteilung zur Vornahme einer Handlung gem. §§ 887, 888 ZPO zur Zahlung einer Entschädigung für den Fall verurteilt werden, daß die Handlung nicht binnen einer vom Gericht bestimmten Frist vorgenommen ist. Allerdings wird die Vollstreckung des Primäranspruchs bei diesem Vorgehen durch § 888 a ZPO ausgeschlossen.

Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die unechte Eventualklage darüberhinaus für zulässig zu erachten ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Die Frage wird, an die Regelung des § 510 b ZPO anknüpfend, fast ausschließlich für die Fristsetzungsfälle des BGB (vgl. z.B. §§ 283, 325, 326, 634, 1003 II) und dort in besonderem Maße für die Regelung des § 283 BGB erörtert.

In diesem Zusammenhang wurde die unechte Eventualklage von der älteren Literatur und Rechtsprechung diskutiert, ohne daß sich eine entscheidende Mehrheit für oder gegen die Zulässigkeit dieser Klagenverbindung herausgebildet hatte ²⁾.

1) Vgl. auch § 61 Abs. 4 ArbGG. Diese Vorschrift unterscheidet sich von § 510 b ZPO lediglich dadurch, daß es sich bei ihr um eine "Muß"-Vorschrift handelt.

2) dafür in der Rspr.: RGZ 85, S. 395 ff; RGZ 137, S. 98 ff; für den Fall des § 1003 II; dagegen: OLG Posen in Seuff. Arch. 63 Nr. 59; OLG Stuttgart, Recht 1912 Nr. 379 und 1919 Nr. 405;
dafür in der Lit.: Hellwig, LB, S. 376/77; R. Schmidt, LB, S. 717 ff; Eccius, Gruch Beitr. 47, S. 152; Marquardt, JW 09, S. 37; Dümchen, Jherings JB 54, S. 449; Pünder, ZZP 41, S. 47 ff; Klaholt, Gruch Beitr. 58, S. 778 ff; Weiß, S. 41; dagegen: Struckmann/Koch, ZPO, § 255, Anm. 2; Romeick, S. 104/105; Josef, Gruch Beitr. 47, S. 493 ff und JW 10, S. 919; Siegel, JW 10, S. 55; Stein, ZZP 24, S. 223; Behrends, S. 74; Petersen, CPO, § 255 Anm. 2; Popper S. 46 ff.

Die heute h.M. in der Literatur tritt für die Zulässigkeit der unechten Ecentualklage zumeist ohne nähere Begründung mit der Behauptung ein, der Sekundäranspruch könne als bedingter bzw. künftiger Anspruch gem.

§ 259 ZPO neben dem gegenwärtig bestehenden Primäranspruch geltend gemacht werden ¹⁾.

Dessen ungeachtet sind gerade in neuerer Zeit wiederum zwei Entscheidungen ergangen, die die h.M. in Zweifel ziehen ²⁾. Sie bestätigen im Grundsatz für den Fall des § 283 BGB:

"Mit der Verurteilung zur Herausgabe von Sachen kann nicht der Anspruch verbunden werden, daß der Schuldner bei Nichterfüllung des Herausgabeanspruchs innerhalb bestimmter Frist Schadensersatz leisten muß." ³⁾

Der Meinungsstreit ist, einmal abgesehen von der dogmatisch-theoretischen Problematik, insbesondere für die Praxis von erheblicher Bedeutung. Auf der einen Seite steht der Grundsatz der Prozeßökonomie. Danach ist es zweckmäßig, daß der Gläubiger den Sekundäranspruch sofort geltend machen kann, wenn vorauszusehen ist, daß dem Schuldner die Erfüllung des Primäranspruchs nicht möglich ist, bzw. er die Leistung böswillig unterlassen wird.

1) Vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 255, Anm. 2; Zöllner, § 253, Anm. II 2 b; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 260, Anm. II 3; Bunte, JuS 67, S. 206 ff; RGRK Nastelski, § 283, Anm. 6; Staudinger/Kaduk, § 283, Anm. 23 und § 326, Anm. 196 ff; a.A. offenbar Wieczorek, § 260, Anm. A Ib und § 510 b, Anm. A I.

2) Vgl. OLG München OLGZ 1965, S. 10 f; ihm insoweit folgend OLG Schleswig, NJW 66, S. 1929.

3) Das OLG Schleswig kommt nur deshalb zu einer anderen Entscheidung, weil der Sekundäranspruch vertraglich und nicht nach § 283 BGB begründet war.

Dem steht das Interesse des Schuldners gegenüber, der aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen überhaupt nichts zu schulden glaubt. Für ihn wäre es unbillig, würde er neben der Verurteilung zur Erfüllung gleichzeitig zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verurteilt werden, obwohl er beabsichtigt, seiner Gehorsampflicht dem Urteil gegenüber zu genügen und den Primäranspruch zu erfüllen. Obgleich der Sekundäranspruch hier mit Sicherheit nicht entstehen kann, - der Fall einer nach der Verurteilung entstehenden vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit muß in diesem Zusammenhang unberücksichtigt bleiben - hätte der Gläubiger auch insoweit einen Titel gegen ihn in Händen ¹⁾. Ginge der Gläubiger hieraus vor, so könnte sich der Schuldner nur mit der Vollstreckungsgegenklage zur Wehr setzen.

4. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung der Zulässigkeit der unechten Eventualklage im Hinblick auf alle in Frage kommenden Fälle der eventuellen Anspruchskonkurrenz bildet den Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

Für diese Untersuchung ist es zunächst erforderlich, sämtliche eventuellen Anspruchskonkurrenzen kurz vorzustellen und begrifflich zu skizzieren. Danach wird ein systematisierender Überblick gegeben, der sich für jedes eventuelle Anspruchsverhältnis kritisch mit dem Meinungsstand bezüglich der Zulässigkeit der unechten Eventualklage befaßt.

1) Müller, Gruch Beitr. 57, S. 809
Nicht richtig ist allerdings dessen Ansicht, der Schuldner würde dadurch mit zusätzlichen Kosten belastet, da wirtschaftlich nur eine Leistung in Frage stehe; vgl. dazu Kion, S. 171;
Rosenberg/Schwab, S. 150; Mattern, NJW 69, S. 1087;
Stein/Jonas/Pohle, § 5 Anm. I 1.

Die Ansatzpunkte für die eigene Untersuchung sollen dann aus dem unmittelbaren Vergleich der unechten Eventualklage mit den üblichen Fällen einer kumulativen Klagenhäufung gefunden werden. Dieser Vergleich wird deutlich machen, daß der Ursprung für sämtliche von den Gegnern der Klagenhäufung von Fall zu Fall gesehenen und eingewandten Schwierigkeiten in dem materiellen Anspruchsverhältnis zu finden ist, das der unechten Eventualklage zugrundeliegt. Es wird sich zeigen, daß die rein prozessualen Streitgegenstandstheorien den Blick auf dieses besondere materielle Anspruchsverhältnis versperren und erst die neueren, materiellrechtlich orientierten Lehren vom Streitgegenstand erkennen lassen, daß die Frage nach der Zulässigkeit der unechten Eventualklage sich nicht ohne die Einbeziehung des materiellen Anspruchsverhältnisses in die Untersuchung beantworten läßt.

Die eigene Untersuchung der unechten Eventualklage erfolgt dann unter Zugrundelegung der materiellrechtlichen Anspruchslehre von Rimmelspacher für jeden Fall des eventuellen Anspruchsverhältnisses gesondert.

1. Abschnitt

Begriffliche Skizzierung der eventuellen Anspruchs- konkurrenzen

1. Die echte eventuelle Anspruchskonkurrenz

Bei der eventuellen Anspruchskonkurrenz ist zunächst zwischen der echten und der unechten Anspruchskonkurrenz zu unterscheiden. Die echte Anspruchskonkurrenz untergliedert sich in die eigentliche und die uneigentliche Anspruchskonkurrenz.

1.1. Die eigentliche eventuelle Anspruchskonkurrenz

Die eigentliche eventuelle Anspruchskonkurrenz ist dadurch gekennzeichnet, daß zum Zeitpunkt des Bestehens des Primäranspruches eine lediglich mehr oder weniger entfernte rechtliche Möglichkeit für das Entstehen des Sekundäranspruches gegeben ist. Sie liegt in sämtlichen Fällen vor, in denen ein vertraglicher Erfüllungsanspruch mit einem gesetzlichen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung z.B. wegen einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit (§ 280 BGB) eventuell konkurriert. Der Sekundäranspruch entsteht hier immer auf Grund eines Umstandes, auf den der Gläubiger des Primäranspruches letztlich gar keinen Einfluß hat, nämlich durch die Nichterfüllung des Primäranspruches, wenn gewisse weitere Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind. Eine irgendwie geartete rechtliche Anwartschaft auf den eventuellen Anspruch besteht hier niemals. Soweit einzelne Normen dem Gläubiger eines Primäranspruches Befugnisse wie z.B. die Mahnung oder die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung (§§ 284, 283, 326 ... BGB) einräumen, so vermag deren Ausübung die Möglichkeit des Entstehens des Sekundäranspruches näher zu rücken, ohne allerdings für sich geeignet zu sein, diesen in der Form einer rechtlichen Anwartschaft entstehen zu lassen. Besonders deutlich wird dies, wenn man sich vor Augen hält, daß diese Befugnisse außerprozessuale Rechtsbehelfe

darstellen, die streng genommen nur auf die Realisierung des Primäranspruchs gerichtet sind und nicht auf die Begründung des Sekundäranspruchs.

1.2. Die uneigentliche eventuelle Anspruchskonkurrenz

Bei der uneigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz hat es der Gläubiger immer in der Hand, den Sekundäranspruch zu begründen, der Schuldner kann dessen Entstehen nicht verhindern. Die uneigentliche eventuelle Anspruchskonkurrenz liegt vor in sämtlichen Fällen der konstitutiven Willenserklärung ¹⁾, also dort, wo dem Gläubiger neben einem Primäranspruch ein Gestaltungsrecht in der Weise zusteht, daß dessen Ausübung einen anderen Anspruch an die Stelle des Primäranspruchs treten läßt. Hierzu gehören die facultas alternativa des Gläubigers ²⁾ sowie sämtliche Fälle, in denen dem Gläubiger neben vertraglichen Erfüllungsansprüchen das Recht zur Anfechtung oder Kündigung bzw. zum Rücktritt zusteht.

2. Die unechte eventuelle Anspruchskonkurrenz

Bei der unechten eventuellen Anspruchskonkurrenz ist das Entstehen des Sekundäranspruchs nicht abhängig vom Verhalten des Schuldners (eigentliche Anspruchskonkurrenz) oder vom rechtsgeschäftlichen Willen des Gläubigers (uneigentliche - Anspruchskonkurrenz). Bei ihr müssen Gläubiger und Schuldner zusammenwirken, um den Sekundäranspruch entstehen zu lassen.

Das geläufigste Beispiel für diese eventuelle Anspruchskonkurrenz ist der Anspruch aus einem Vorvertrag auf Abschluß des Hauptvertrages in seinem Verhältnis zum Leistungsanspruch aus dem Hauptvertrag.

1) Erler, Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers ..., S. 60, spricht hier von elektiver Konkurrenz.

2) Gesetzliche Fälle z.B. §§ 340, 249 S. 2, 843 Abs. 3 BGB, vgl. grundlegend Gernsheim, Die Ersetzungsbefugnis im deutschen bürgerlichen Recht; neuerdings Erler, Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers.

In den Fällen der unechten eventuellen Anspruchs- konkurrenz geht der Primäranspruch, mag er rechts- geschäftlich oder durch gesetzliche Bestimmungen begründet sein, auf Abschluß eines Vertrages, auf Begründung eines Rechtsverhältnisses. Kommt das Rechtsverhältnis rechtswirksam zustande, so resultiert hieraus der Sekundäranspruch. Hierin zeigt sich zu- gleich der charakteristische Unterschied zwischen echter und unechter eventueller Anspruchs konkurrenz. Bei der echten Anspruchs konkurrenz ist das Ent- stehen des Sekundäranspruchs immer abhängig von der Nichterfüllung des Primäranspruchs, bei der unechten Anspruchs konkurrenz von der Erfüllung des Primäranspruchs.

Betrachten wir nun den Meinungsstand zur prozessualen Durchsetzung dieser Ansprüche.

2. Abschnitt

Die unechte Eventualklage in Gesetz, Rechtsprechung und Literatur

1. Bei der eigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz

1.1. Die unechte Eventualklage in der Gesetzgebung

Die unechte Eventualklage ist untrennbar mit dem Recht der Leistungsstörungen verbunden. Ihr Ursprung findet sich in der römischen und gemeinrechtlichen Vertragsklage, die Erfüllungs- und Interesseklage zugleich ist ¹⁾. Im gemeinrechtlichen Prozeß des 19. Jahrhunderts waren Klageantrag und Verurteilung grundsätzlich nur auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand gerichtet ²⁾. War das Urteil seinem Inhalt nach nicht vollstreckbar oder die Vollstreckung fruchtlos verlaufen, so wurde der Ersatzanspruch des Gläubigers im Rahmen des sogenannten Liquidationsverfahrens festgesetzt, das wie die gesamte Vollstreckung in den Händen des Prozeßgerichts lag ³⁾. Dementsprechend war es allgemein anerkannt, daß der Gläubiger mit der Erfüllungsklage den Antrag auf Wertersatzleistung für den Fall verbinden konnte, daß die Vollstreckung in die Primärleistung ohne Erfolg blieb ⁴⁾.

1) Wollschläger, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, S. 147, der darauf hinweist, daß dies noch in § 268 Nr. 3 ZPO zum Ausdruck kommt, der den Wechsel von Primär- zur Sekundärleistung nicht als Klageänderung qualifiziert.

2) Mommsen, Beiträge zum Obligationsrecht, S. 18 Anm. 3

3) Linde, LB. des gemeinen Civilprozesses, S. 555 f.

4) Falkmann, die Zwangsvollstreckung, S. 103; Eccius, Gruch Beitr. 33, S. 140. Levy, Gruch Beitr. 36, 31 ff; Eltze, S. 10 ; Josef, JW 1910, 919; Klaholt, Gruch Beitr. 58, 779; Bedenken OLG Hamburg, SeuffA. 47, Nr. 235; OLG Kiel, Rspr. 9, 39.

Die fruchtlose Zwangsvollstreckung ersetzte den Nachweis der Leistungsunmöglichkeit, den der Gläubiger für die Interesseklage zu erbringen hatte.

Für den Bereich des preußischen Rechts war dieses Verfahren in Teil I Titel 22 § 19 der allgemeinen Gerichtsordnung gesetzlich geregelt:

"Um eine jede unnütze Vervielfältigung der Prozesse nach Möglichkeit zu vermeiden, wird es der näheren Beurtheilung der Gerichte überlassen und empfohlen, wenn schon bei der Instruktion der Hauptsache mit Wahrscheinlichkeit erhellet, daß dem Kläger die eingeklagte Sache oder Handlung selbst nicht geleistet werden können, sondern es nur auf das Ihm dafür zu vergütende Interesse ankommen dürfe, allsdann sogleich die Hauptinstruktion, soweit es ohne großen Aufenthalt geschehen kann, mit darauf zu richten: worin dieses Interesse bestehe und wieviel solches betrage? damit wenn der Beklagte zur Gebung oder Leistung der eingeklagten Sache oder Handlung verurtheilt wird, unter einem, auch wegen des allenfalls zu vergütenden Interesses, das Erforderliche festgesetzt werden könne."

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern ¹⁾ überführte das gemeinrechtliche Liquidationsverfahren in das materielle Recht, wenn es dort heißt:

"solange die Erfüllung der Verbindlichkeit selbst möglich ist, kann der Gläubiger im Falle des Art. 109 lediglich die Klage auf Erfüllung stellen. Er kann jedoch mit der Klage auf Erfüllung die Entschädigungsforderung für den Fall verbinden, daß der Schuldner der Verurtheilung zur Erfüllung innerhalb einer vom Richter festzusetzenden Frist nicht Genüge leisten würde."
(Art. 115 Entw. II)

Mit dem Inkrafttreten der Reichs-Civilprozeßordnung von 1877 ist dem Gläubiger die bequeme Möglichkeit, den Schaden im Vollstreckungsverfahren summarisch zu liquidieren, genommen. Weil die Vollstreckung nun nicht mehr in den Händen des Prozeßgerichts liegt, muß der Urteilstenor einen endgültigen, vollstreckbaren Inhalt haben.

1) Kaiser, S. 54

Dabei sind die rechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruchs unter den strengen Beweisanforderungen des Erkenntnisverfahrens festzustellen ¹⁾.

So muß es der Beurteilung des Prozeßgerichts vorbehalten bleiben, ob der Gläubiger, der Schadensersatz begehrt, den Nachweis der Unmöglichkeit der Primärleistung erbracht hat. Daraus, daß dieser Nachweis durch eine fruchtlose Zwangsvollstreckung erbracht werden kann, ist nicht zu schließen, daß auch die Beurteilung des Beweiswertes dem Vollstreckungsverfahren zugeordnet werden kann ²⁾. Eine Vorschrift, die die unter der Geltung des gemeinen Rechts geübte Praxis gesetzlich regelte, wurde durch die Reichs-Civilprozeßordnung nicht geschaffen.

Durch die Einfügung der Fristsetzungsfälle, insbesondere des § 283 ³⁾, in das BGB wurde der Gläubiger zwar von den bis dahin bestehenden Beweisschwierigkeiten bei der Geltendmachung des Interessenanspruchs befreit, sie geben jedoch als solche keine Rechtsgrundlage für die Zulassung der uneigentlichen Eventualklage. Der Antrag, dem jetzigen § 283 BGB am Schluß folgenden Zusatz anzufügen:

"Die Klage auf Schadensersatz kann unter Vorbehalt der Festsetzung des Betrages fürsorglich mit der Klage auf Leistung verbunden werden" ⁴⁾,

1) Wollschläger, S. 177

2) Sellner, in SeuffBl. 69, 498; Müller, in GruchBeitr. 57, S. 810f.

3) § 243 des ersten Entwurfes; die Erste Kommission sah ihn als angemessene Fortbildung des geltenden Rechts an (vgl. Mot. II S. 49f., 53f, 210; dazu Himmelschein in AcP 135, S. 273 ff; Schmidt, Zivilprozessuale und materiellrechtliche Aspekte des § 283 BGB, in ZZP 84, S. 49 ff.

4) Prot. 1, 321

fand nicht die Zustimmung der 2. Kommission. Diese hielt es für bedenklich, die prozeßrechtliche Frage, ob mit der Klage auf die den Gegenstand des Anspruchs bildende Leistung die eventuelle Klage auf Schadensersatz verbunden werden könne, im materiellen Recht zu entscheiden ¹⁾.

Es wurde auch kein dringendes Bedürfnis für diese gesetzliche Regelung gesehen, da "die Rechtsprechung schon jetzt eine solche Verbindung zulasse".

Schließlich, so die amtliche Begründung, "dürfe der Wert, den die Verbindung für den Gläubiger habe, auch nicht überschätzt werden". Das Urteil könne nämlich "für den Fall, daß die Leistung nicht innerhalb der Frist erfolge, nur die Schadensersatzpflicht des Schuldners aussprechen, aber nicht auch den Betrag des zu leistenden Schadensersatzes feststellen, weil für die Berechnung des Schadens der zukünftige Zeitpunkt des Fristablaufs maßgebend sei" ²⁾.

Bei der Besprechung des Gesetzentwurfes zur Änderung der Zivilprozeßordnung von 1898 regte Stein ³⁾ an, dem jetzigen § 255 ZPO ⁴⁾, der prozeßrechtlichen Ergänzung zu den materiellrechtlichen Fristsetzungsfällen, einen Absatz 3 in folgender Fassung hinzuzufügen:

"In den Fällen des Absatzes 1 ist, wenn der Kläger die ihm bei der Nichterfüllung zustehenden Ansprüche in der Klage für den Fall fruchtlosen Ablaufs der zu bestimmenden Frist erhoben hat, über den Anspruch durch Teilurteil zu erkennen und in diesem die Frist zu bestimmen. Nach Ablauf der Frist kann der Rechtsstreit vor dem Prozeßgericht erster Instanz fortgesetzt werden. Die bestimmte Angabe der dem Kläger wegen der Nichterfüllung zustehenden Ansprüche kann bis zu diesem Zeitpunkt vorbehalten werden."

1) Prot. 1, 322

2) Anderer Ansicht Keuk, Vermögensschaden u. Interesse; hiernach kann der Gl. den Schaden nach einem von ihm gewählten Zeitpunkt zwischen Fälligkeit und Fristablauf berechnen.

3) in ZZP 24, 223

4) § 230 b des Entwurfes

Hiermit sollte entsprechend dem in § 254 ZPO ¹⁾ zum Ausdruck kommenden Grundgedanken eine Vereinfachung und Beschleunigung des Gläubigerrechtsschutzes erreicht werden. Der Gesetzgeber griff diesen Vorschlag nicht auf. § 255 ZPO trat ohne diese Regelung in Kraft.

Eine Zulassung der Verbindung in allgemeiner Fassung findet sich schließlich in § 211 des Entwurfes einer ZPO von 1931, der lautet:

"Wer auf Herausgabe einer Sache klagt und gegen den Beklagten für den Fall seines Unvermögens zur Herausgabe einen Anspruch auf Schadensersatz hat, kann beantragen, daß der Beklagte zur Herausgabe und, falls die herauszugebende Sache bei der Vollstreckung nicht vorgefunden werden sollte, zum Schadensersatz verurteilt wird."

Nach den amtlichen Erläuterungen sollte durch diese Vorschrift ein vielfach geübtes Verfahren auf eine sichere gesetzliche Grundlage gestellt werden.

Ein Sonderfall findet sich in der Vorschrift des § 510b ZPO, die mit der Novelle vom 1.6.1909 in die ZPO eingefügt wurde:

"Erfolgt die Verurteilung zur Vornahme einer Handlung, so kann der Beklagte zugleich auf Antrag des Klägers für den Fall, daß die Handlung nicht binnen einer zu bestimmenden Frist vorgenommen ist, zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt werden; das Gericht hat die Entschädigung nach freiem Ermessen festzusetzen."

§ 510b ZPO gilt ¹⁾ nur für das Verfahren vor dem Amtsgericht und betrifft nur die Fälle, in denen der Primäranspruch auf die Vornahme einer Handlung geht. Eine Verurteilung nach § 510 b ZPO, die erfolgen "kann", schließt allerdings für den Gläubiger die Möglichkeit aus, wegen des ihm materiellrechtlich zustehenden Primäranspruchs zu vollstrecken (vgl. § 888a ZPO).

1) § 230a des Entwurfes

Im Hinblick auf die Regelung des § 888 a ZPO wird die der Verurteilung zugrundeliegende eventuelle Anspruchskonkurrenz auf ein Verhältnis ähnlich dem der facultas alternativa des Schuldners reduziert; denn dieser kann nun wählen, ob er innerhalb der gesetzten Frist die Handlung vornehmen - oder aber lieber Schadensersatz leisten will.

1.2. Die unechte Eventualklage in Rechtsprechung und Literatur

1.2.1. Die Rechtsnatur der unechten Eventualklage

Nach weitaus h.M. handelt es sich bei der unechten Eventualklage um die kumulative objektive Klagehäufung gem. § 260 ZPO eines fälligen und eines zukünftigen Leistungsanspruchs i.S.d. § 259 ZPO ¹⁾. Ein prozessuales Eventualitätsverhältnis liegt grundsätzlich nicht vor, denn der Kläger erstrebt eine Verurteilung des Beklagten nach beiden Anträgen gleichzeitig. Die Notwendigkeit, die Sachanträge in ein Eventualverhältnis zu stellen, ist keine prozeßrechtliche, sondern sie ergibt sich allein daraus, daß die mit den verschiedenen Anträgen prozessual geltend gemachten materiellen Ansprüche derart voneinander abhängen, daß sie nicht nebeneinander, sondern nur nacheinander bestehen können, wobei der Bestand des einen Voraussetzung für das Entstehen des anderen bzw. dessen Bestand als zukünftiger Anspruch ist ²⁾.

- 1) Vgl. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, S. 216; Hellwig, Klagerecht, S. 112; Baumbach-Lauterbach, § 260 Anm. D; Stein-Jonas, § 260 Anm. II 3; Furtner, Urteil, S. 116; Klaholt, GruchBeitr. Bd. 58, 792; Weiß, S. 15; Zöllner, § 260 Anm. III b; A.A. Behrends, S. 73 f., der hier von einer Inzidentklage spricht.
- 2) Daß der Kläger auch hier den 2. Antrag insoweit in ein Eventualitätsverhältnis setzen kann, als der primäre Antrag begründet ist - vgl. Merle in ZZP 83, 436 f -, macht sachlich keinen Unterschied, da das Gericht auf Grund der materiellen Anspruchsverknüpfung bei Unbegründetheit des Primäranspruchs von sich aus eine Prüfung des Sekundäranspruchs nicht vornehmen wird. I.d.S. auch Kion, S. 36.

Gegen die Zulässigkeit der Verbindung kann nicht - wie es das OLG Hamburg ¹⁾ in einer Entscheidung getan hat - eingewandt werden, der Kläger begehre mit der Verurteilung in den eventuellen Anspruch ein aufschiebend bedingtes Urteil. Die Klageverbindung beinhaltet das Begehren des Klägers, den Beklagten nach beiden Anträgen ohne jeden Vorbehalt zu verurteilen.

Das Charakteristikum aller Entscheidungen, die eine Verurteilung zu künftigen oder bedingten Leistungen zum Gegenstand haben, liegt darin, daß die noch nicht verwirklichten Tatbestandsmerkmale des künftigen oder bedingten Anspruchs als "Bedingung" in den Tenor des Urteils aufzunehmen sind, ohne daß hierdurch der prozeßrechtliche Tatbestand der Entscheidung als aufschiebend oder auflösend bedingt anzusehen wäre. Das Urteil ergeht wie in allen Fällen der §§ 257 ff ZPO unbedingt, ein Bedingungsverhältnis besteht nur hinsichtlich der Vollstreckbarkeit der verurteilenden Erkenntnis ³⁾.

1) Urteil vom 13.4.1891, SeuffA Bd. 47, Nr. 235

2) So zu Recht Eltze, S. 22; Klaholt, Gruch Beitr. 58, S. 792; Blomeyer, Zivilprozeßrecht, S. 424, Weiß, S. 16, - was Weiß bei seiner Kritik an dieser Entscheidung allerdings übersieht: Die Ansicht des OLG Hamburg findet ihre innere Rechtfertigung in der Tatsache, daß zum Zeitpunkt der Entscheidung die Frage der Zulässigkeit von Klagen auf künftige Leistungen sehr umstritten war; vgl. hierzu Petersen, CPO, § 259 Anm. 1. Die §§ 257 - 259 ZPO wurden erst 1898 in die ZPO eingefügt. War nun das Gericht der Auffassung, nur zu gegenwärtig fälligen Leistungen könne verurteilt werden, so ist der Schluß, daß zu bedingt geschuldeten Leistungen nur bedingt verurteilt werden könne, nicht fehlerhaft.

3) Rosenberg-Schwab § 100 III, 4; Bunte, JuS 67, S. 206.

1.2.2. Antrag und Tenorierung bei der unechten Eventualklage

Antrag und Tenorierung bei der unechten Eventualklage müssen in vollem Umfang der Dependenz des jeweils zugrundeliegenden materiellrechtlichen Anspruchsverhältnisses genügen ¹⁾.

Materiellrechtliche Grundlage für die Klage auf künftige Leistung gem. § 259 ZPO im Rahmen der unechten Eventualklage können bei der eigentlichen eventuellen Anspruchs Konkurrenz nur sein:

1. Der Anspruch wegen nachträglicher, vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Primärleistung, vgl. §§ 280, 325, 989 BGB.
2. Der Anspruch wegen Schuldner-Verzug und Interessenwegfalls des Gläubigers an der Primärleistung, vgl. § 286 Abs. 2 BGB.
3. Der Anspruch, der in den Fristsetzungsfällen mit fruchtlosem Fristablauf entsteht, vgl. §§ 283, 326, 634 Abs. 2 BGB.

Je nachdem, auf Grund welchen Tatbestands die eventuelle Verurteilung erfolgen soll, müssen die für das Entstehen des entsprechenden zukünftigen Anspruchs notwendigen Voraussetzungen als "Bedingung" in den Tenor mit aufgenommen werden, weil erst mit Eintritt dieser Voraussetzungen wegen des eventuellen Anspruchs vollstreckt werden darf, wie sich aus den §§ 726, 731 ZPO ergibt.

1) Stein/Jonas/Schumann/Leipold, Bem. II, 1a vor § 253 ZPO.

So müßte die Tenorierung wegen des eventuellen Anspruchs bei der Verurteilung zur Herausgabe eines Pkw korrekterweise lauten:

- Fall 1 Für den Fall, daß dem Beklagten die Herausgabe in von ihm zu vertretender Weise unmöglich wird, hat der Beklagte an den Kläger DM ... zu zahlen 1).
- Fall 2 Für den Fall, daß das Interesse des Klägers an der Herausgabe entfällt, hat der Beklagte an den Kläger DM ... zu zahlen 2).
- Fall 3 Zur Herausgabe wird dem Beklagten eine Frist von 3 Wochen ab Rechtskraft des Urteils gesetzt 3). Für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs wird der Beklagte verurteilt, an den Kläger DM ... zu zahlen 4).

1) Vgl. auch die Formulierung bei Josef, JW 1910, 921 f.

2) Soweit ersichtlich wurde bisher nirgends erwogen, diesen Anspruch der unechten Eventualklage zugrunde zu legen.

3) Die Fristsetzung durch Urteil erfolgt gem. § 255 ZPO.

4) Ähnlich Schmidt in ZZP 87, S. 68

- 1.3. Der Meinungsstand hinsichtlich der Zulässigkeit der unechten Eventualklage nach geltendem Recht in Rechtsprechung und Literatur
- 1.3.1. Rechtsgrundlage ist die vom Schuldner zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit - Fall 1 -

Bei der vom Schuldner zu vertretenden nachträglichen Unmöglichkeit muß zwischen folgenden Fallgestaltungen differenziert werden:

1. Möglichkeit

Einmal kann es sein, daß der Gläubiger des Primäranspruchs ein besonders starkes Interesse an dessen Realisierung hat. Dann wird er ungeachtet des Einwandes der Leistungsunmöglichkeit seitens des Schuldners sich der Mittel des Zwangsvollstreckungsrechts bedienen wollen, um sich selbst hiervon zu überzeugen. Für den Fall, daß die Zwangsvollstreckung den Einwand des Schuldners bestätigen sollte, will der Gläubiger dann gleichzeitig zur Vermeidung eines zweiten Prozesses einen Titel über den Sekundäranspruch erlangen.

2. Möglichkeit

Es ist auch denkbar, daß der Gläubiger zwar damit rechnet, die Primärleistung nicht mehr realisieren zu können, jedoch nicht sofort auf Schadensersatz klagen kann, weil die Leistungsunmöglichkeit vom Schuldner bestritten wird und der Beweis vom Gläubiger nicht geführt werden kann. Auch hier liegt dem Gläubiger daran, einen Titel über den Schadensersatzanspruch für den Fall zu haben, daß sich sein Verdacht in der Zwangsvollstreckung bestätigen sollte.

Prozessual und vollstreckungsrechtlich wird der Interesseanspruch in beiden Fällen gleichermaßen von der fruchtlosen Zwangsvollstreckung in den Primäranspruch abhängig gemacht. Insoweit ist kein Unterschied festzustellen. In beiden Fällen soll die erfolglose Zwangsvollstreckung die Unmöglichkeit "unwiderleglich beweisen" ¹⁾.

Der Unterschied liegt in folgendem:

Stellt man auf die Behauptung des Schuldners ab, so beweist die fruchtlose Zwangsvollstreckung im ersten Fall, daß die Erfüllung des Primäranspruches bereits während des Prozesses unmöglich war.

Im zweiten Fall ist demgegenüber davon auszugehen, daß dem Schuldner die Primärleistung erst nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung unmöglich geworden ist.

Begrifflich liegt streng genommen eine unechte Eventualklage nur bei der 2. Alternative vor, denn nur hier wird ein gegenwärtiger Anspruch zusammen mit einem zukünftigen Anspruch i.S.d. § 259 ZPO geltend gemacht. Bei der 1. Alternative handelt es sich nämlich, wie im folgenden gezeigt werden wird, um die prozessuale Geltendmachung zweier gegenwärtiger Ansprüche.

1) Eccius, Gruch Beitr. Bd. 41, S. 886;
Weiß, a.a.O S. 60;
vgl. auch Sellner, SeuffBl. Bd. 69 S. 498;
Müller, GruchBeitr. Bd. 57, S. 810.

1.3.1.1. 1. Alternative: Die Unmöglichkeit der Primärleistung besteht bereits während des Prozesses

Die Sonderstellung dieses Falles gegenüber der unechten Eventualklage ergibt sich aus der richtigen rechtlichen Konstruktion. Daß der eventuelle materielle Anspruch hier nicht auf dem Wege über § 259 ZPO mit der Klage auf künftige Leistung geltend gemacht werden kann, sondern nur als gegenwärtiger Anspruch, zeigt sich, wenn man sich die Prozeßsituation verdeutlicht: Im Hinblick auf die Geltendmachung des Primäranspruchs bestreitet der Gläubiger die vom Schuldner eingewandte Unmöglichkeit. Im Hinblick auf den Sekundäranspruch macht er sich den Vortrag des Schuldners zu eigen. Damit trägt der Kläger "hilfsweise", d.h. auch hier für den Fall, daß die Zwangsvollstreckung wegen des Primäranspruchs erfolglos sein sollte, vor, daß die Sache jetzt schon untergegangen ist ¹⁾. Ergibt sich schon aus dem Vortrag des Schuldners, daß er die Unmöglichkeit zu vertreten hat, oder zeigt dies die Beweisaufnahme ²⁾, dann erfolgt die Verurteilung wegen eines unstreitigen, gegenwärtig bestehenden Interesseanspruchs des Gläubigers. Die Vollstreckung wegen dieses Interesseanspruchs soll lediglich von der Erfolglosigkeit der Vollstreckung wegen der primär geschuldeten Leistung abhängig gemacht werden.

Da bei allen zu erörternden Fällen der unechten Eventualklage außer Zweifel steht, daß der Primäranspruch geltend gemacht werden kann, und es nur fraglich ist, ob gleichzeitig mit der Verfolgung des Primäranspruchs auf die künftige Sekundärleistung geklagt werden darf, ist das einzige Problem der Klageverbindung hier, ob eine Verurteilung des Schuldners wegen der Primärleistung bei deren Unmöglichkeit überhaupt zulässig ist.

1) Eine Verletzung der Wahrheitspflicht i.S.d. § 138 I ZPO liegt hierin nicht. Zwar steht dieses Vorbringen im Widerspruch zum Vorbringen hinsichtlich des 1. Antrages; da der Kläger jedoch nicht weiß, ob die Leistung noch möglich ist oder nicht, sagt er nicht bewußt die Unwahrheit. Vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 138 Anm. B; Stein/Jonas/Schumann/Leipold, § 128 Anm. 1 b.

2) Wegen der Beweislast vgl. § 282 BGB.

a) Die Behandlung des Unmöglichkeitseinwandes
durch die Rechtsprechung des RG

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu der Frage läßt sich in folgenden 2 Sätzen zusammenfassen:

- 1) Eine Verurteilung in den Primäranspruch kann erfolgen, solange die Unmöglichkeit noch ungewiß ist, nicht jedoch, wenn diese bereits "feststeht" ¹⁾.
- 2) Eine Verurteilung in den Primäranspruch ist zulässig, ohne daß es einer Beweisaufnahme über die vom Schuldner eingewandte Unmöglichkeit der Primärleistung bedarf, wenn "feststeht", daß der Schuldner die Unmöglichkeit gem. §§ 280, 325 (989, 990) BGB zu vertreten hat ²⁾.

Dieses Verfahren soll 2 Vorteile bieten, die miteinander verknüpft sind:

- 1) Dem Gläubiger, der gerade ein besonderes Interesse an der Hauptleistung hat, wird die - angeblich weiterreichende - Gelegenheit gegeben, sich mit den Mitteln der Zwangsvollstreckung selbst von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Primärleistung zu überzeugen; dies sei solange sinnvoll, als die Unmöglichkeit der Primärleistung noch nicht feststehe ³⁾.

-
- 1) RG SeuffA 54 Nr. 216; RGZ 54, 32 f; RGZ 88, 76; RG in JW 1919, 188, 1923, 826; Hiergegen Weiß, S. 54, der Verurteilung trotz "feststehender" Unmöglichkeit zulassen will, wenn der Schuldner diese zu vertreten hat.
 - 2) RGZ 54, 32; 107, 18; 109, 235; OLG Koblenz in NJW 60, 1253; vgl. zu dieser Rspr. Staudinger/Werner § 275 Anm. 20. Hiergegen ausdrücklich Oertmann, § 275 Anm. 4; Wach, RheinZeitschr. Bd. 4, S. 509 ff; Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzes S. 108 f.
 - 3) Vgl. hierzu kritisch Planck/Siber, § 280 Anm. 2b.

- 2) Hierdurch werde weiterhin eine "nutzlose" Beweisaufnahme und somit eine Verschleppung des Erkenntnisverfahrens vermieden ¹⁾.

b) Die Bedenken und Kritik gegenüber dieser Rechtsprechung

Diesen vom RG gesehenen Vorteilen stehen folgende rechtliche Bedenken gegenüber:

- 1) Wenn das RG materiellrechtlich der Lehre von der "Anspruchsumwandlung" folgt ²⁾, ist es "monströs", dem Schuldner den Unmöglichkeitsbeweis abzuschneiden ³⁾ und damit zu ermöglichen, daß er zu etwas verurteilt wird, was er gar nicht schuldet.
- 2) Die Beantwortung der Rechtsfrage nach der Unmöglichkeit der Leistung - dem negativen Tatbestandsmerkmal für das Bestehen des Primäranspruchs - wird vom Erkenntnis- in das Vollstreckungsverfahren verlagert.
- 3) Gerade in dem wichtigen und häufigen Fall des Herausgabeanspruchs gem. § 985 BGB kann eine Verurteilung wegen des primären, dinglichen Anspruchs niemals ohne Beweisaufnahme über die vom Schuldner eingewandte Unmöglichkeit erfolgen, da diese hier die Tatbestandsmerkmale "Besitz" des Beklagten oder "Eigentum" des Klägers betrifft und nur bei deren Vorliegen der Herausgabeanspruch begründet ist.
Es erscheint völlig willkürlich, nur demjenigen das Recht zu geben, sich von der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung zu überzeugen, dem gleichzeitig ein wirksamer vertraglicher Rückgabeanspruch zusteht.

2) Dazu, daß dieser Vorteil zu einem Nachteil umschlägt, wo der Inhalt der Primärleistung in einem "facere" im Gegensatz zum "dare" besteht, vgl. Planck/Siber, § 280 Anm. 2b und Jakobs, S. 242 ff, der eine "Perpetuation der Leistungspflicht" nur für den letzten Fall bejaht.

2) RGZ 88, 76, vgl. hierzu ausführlich S. 77 ff.

3) Planck, Schuldrecht AT, S. 159.

- 4) Die Rechtsstellung des Schuldners und Beklagten wird gravierend verschlechtert. Wendet dieser gegenüber dem Primäranspruch ein, er könne nicht leisten, die Leistung sei ihm aus den im einzelnen dargestellten Gründen schuldhaft unmöglich geworden und er sei deshalb zum Schadensersatz bereit, so liegt nach der Rechtsprechung des RG die Situation vor, in der der Schuldner zur Primärleistung ohne Beweisaufnahme verurteilt wird:

1. Folge: Der Schuldner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, obwohl er den Schadensersatzanspruch des Gläubigers anerkennt.
2. Folge: Der Schuldner kann auch den Kosten der Zwangsvollstreckung nicht ausweichen, die dadurch entstehen, daß sich der Gläubiger selbst von der Unmöglichkeit der Herausgabe überzeugen will.

Gegen die Rechtsprechung des RG bestehen aber Bedenken auch aus rein verfahrenstechnischen Gründen:

- 1) Die Beweisaufnahme über die Frage der Vertretbarkeit wird sich wohl nur ausnahmsweise von der Frage der Unmöglichkeit trennen lassen.
- 2) Der Schuldner bräuchte somit immer nur auf gut Glück Tatsachen für die Unvertretbarkeit vorzutragen und entsprechenden Beweis anzutreten. Hierdurch würde er nämlich mittelbar das Gericht zwingen, auch über die Frage der Unmöglichkeit Beweis zu erheben; denn kein Zeuge kann über die Frage des Verschuldens etwas bekunden, ohne auch die Frage der Unmöglichkeit selbst zu berühren.

c) Die Unzulässigkeit dieser Klagenverbindung

Jakobs weist zu Recht darauf hin, daß diese Praxis der Rechtsprechung "wenn überhaupt", so nur auf Grund der materiellrechtlichen Annahme zu halten ist, die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit berühre den Fortbestand des Primäranspruchs nicht ¹⁾.

Auch allgemeine Grundsätze des öffentlichen Rechts sprechen gegen dieses Verfahren.

Es ist allgemein anerkannt, daß der Staat seine aus der Hoheitsgewalt abgeleitete Zwangsbefugnis gegenüber den ihm untergeordneten Rechtssubjekten nur dort einsetzen darf, wo eine erzwingbare Handlung i.w.S. in Frage steht, also nicht, wenn dem Adressaten die zu erzwingende Handlung rechtlich oder tatsächlich unmöglich ist. ²⁾.

Die Konsequenz hieraus ist, daß auch Befehle und Anordnungen, die die unmittelbare Rechtsgrundlage zu Zwangsmaßnahmen geben, keine rechtlich oder tatsächlich unmögliche Handlung zum Gegenstand haben dürfen, gleichgültig, ob sie nun durch die Exekutive in Form eines Verwaltungsakts oder durch die Jurisdiktion als Richterspruch ergehen ³⁾.

1) a.a.O. S. 239

2) Im Rahmen der ZPO findet sich dieser Grundsatz in § 888 I, wonach Zwangsmaßnahmen nur angeordnet werden dürfen, wenn die zu erzwingende Handlung "ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt".

3) Vgl. Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch S. 362.

Werden sie dennoch getroffen, so sind sie jedenfalls rechtswidrig ¹⁾.

Ein Verwaltungsakt ist auf die Anfechtungsklage hin durch Urteil aufzuheben. Dem entspricht es, daß ein Urteil dieses Inhalts gar nicht erst erlassen werden darf. Die Möglichkeit oder Unmöglichkeit ist mithin im Rahmen des Verfahrensrechts ordnungsgemäß festzustellen, d.h. der angebotene Beweis ist zu erheben.

Stellt sich in der Beweisaufnahme heraus, daß die Verurteilung wegen des Primäranspruchs auf Grund der Leistungsunmöglichkeit "ausgeschlossen" ist, weil es dem Gläubiger zum einen an dem entsprechenden materiellrechtlichen Rechtsbehelf fehlt ²⁾, und weil zum anderen aus Gründen des öffentlichen Rechts hier eine Verurteilung nicht erfolgen darf, so kann der Gläubiger gem. § 268 Nr. 3 ZPO die Klage umstellen und gem. § 281 BGB das Surrogat oder nach §§ 280, 325, 989, 990 BGB das Interesse fordern.

Steht aber nach der Beweisaufnahme prozeßordnungsgemäß fest, daß dem Schuldner die Leistung nicht unmöglich ist, so entspricht das Problem der Klagenverbindung der im folgenden darzustellenden 2. Alternative.

1) Zur Frage, wann bloße Rechtswidrigkeit und wann Nichtigkeit vorliegt vgl. für Verwaltungsakt Forsthoff S. 220 ff.; Lüke/Zawar in JuS 70, 211; Ein Urteil ist nur ganz ausnahmsweise nichtig. Zu einzelnen Fällen Lüke/Zawar, S. 212. Die Auffassung Wachs, von der Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund, vgl. Rhein. Zeitschrift Bd. 3 374 ff., Bd. 4, 510 ff, dageg. Fischer, Abhdlg. zum Privatr. u. Zivilprozeß, Bd. 26 Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund, dürfte heute als überwunden gelten

2) Vgl. hierzu die Ausführungen S. 84 ff.

1.3.1.2. 2. Alternative: Die Unmöglichkeit entsteht erst nach dem Prozeß

Die Zulässigkeit der unechten Eventualklage, die sich materiell auf eine nachträglich, d.h. erst nach dem Schluß der letzten mündlichen Tatsachen-Verhandlung eintretenden Unmöglichkeit stützt, wird, soweit ersichtlich, ausdrücklich nur von Sellner ¹⁾ und Eltze ²⁾ bejaht. Im übrigen wird sie verneint.

Nach der Auffassung von Weiß ³⁾ scheitert die gleichzeitige Geltendmachung des Sekundäranspruchs an § 259 ZPO. Diese Vorschrift verlange nämlich, daß zumindest eine teilweise Rechtsanwendung hinsichtlich des geltend gemachten Anspruchs möglich ist. An der Möglichkeit einer Rechtsanwendung fehle es hier ganz. Solange die Primärleistung nicht unmöglich geworden sei, bilde der künftige Schadensersatzanspruch lediglich eine Hoffnung, eine vage Aussicht, die in keiner Weise irgendwie rechtlich begründet sei. Die den Sekundäranspruch begründenden gesetzlichen Voraussetzungen fänden sich in der nachträglichen schuldhaften Unmöglichkeit einer geschuldeten Leistung (§ 280 BGB). Solange der Primäranspruch bestehe, könne eine Rechtsanwendung hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen dieses Tatbestandes nicht erfolgen.

Demgegenüber sind Sellner und Eltze der Ansicht, dem Richter sei es erlaubt, schon bei der Entscheidung über den Primäranspruch aus der auf Grund der Verurteilung erfolgenden fruchtlosen Zwangsvollstreckung zu schliessen, daß dem Schuldner die zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch mögliche Leistung unmöglich geworden ist. Dem Problem der fehlenden Rechtsanwendung auf den Sekundäranspruch versucht Sellner dadurch gerecht zu werden, daß er die Vollstreckung wegen des Sekundäranspruchs

1) SeuffBl. 69, S. 494 ff.

2) a.a.O. S. 27 ff - beschränkt auf den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB.

3) a.a.O. S. 20; so wie er; Josef in JW 1910, 920 f. und Müller in GruchBeitr. 57, S. 811

von dem Nachweis der Unmöglichkeit der Primärleistung im Rahmen des § 726 ZPO abhängig macht ¹⁾.

Damit setzt er sich allerdings der Kritik sowohl derer aus, die die Klageverbindung für unzulässig halten, als auch derer, die sie für zulässig erachten. Erstere können ihm zu Recht entgegenhalten, daß es sich bei der Unmöglichkeit um keine Tatsache i.S.d. § 726 ZPO, sondern um einen Rechtsbegriff handelt, und die Subsumtion unter Rechtsbegriffe nur im Erkenntnisverfahren und nicht im Vollstreckungsverfahren erfolgen kann ²⁾. Letztere, die die vollstreckbare Ausfertigung zugleich über den Leistungsanspruch und den Ersatzanspruch erteilen ³⁾, lehnen das von Sellner vorgeschlagene Verfahren als zu umständlich ab. Da sich der Gläubiger auch im Verfahren nach den §§ 726, 731 ZPO nur auf das berufen könne, was der Gerichtsvollzieher festgestellt habe, könne es diesem gleich überlassen bleiben, die Voraussetzungen für die Vollstreckung des Ersatzanspruches selbst festzustellen. Was sich vor den Augen des Vollstreckungsorgans abspiele, bedürfe keiner rechtlichen Überprüfung ⁴⁾.

Dem neben der nachträglichen Unmöglichkeit geforderten Tatbestandsmerkmal, dem "Vertretenmüssen" des Schuldners in den §§ 280, 325, 989 BGB, billigt Sellner in diesem Zusammenhang keine weitere Bedeutung zu. Nach seiner Ansicht kann auf eine Rechtsanwendung insoweit verzichtet werden.

1) Sellner, a.a.O. S. 499; "Keinesfalls steht dem Gerichtsvollzieher darüber die Kognition zu, ob eine vom Schuldner vorzunehmende Handlung unmöglich geworden ist, oder ob einer Unterlassungspflicht zuwidergehandelt wurde"; in diesem Sinne auch OLG Köln, MDR 1950, 432.

2) Vgl. Müller, Gruch Beitr. 57, 811.

3) Vgl. Levy, Gruch Beitr. 36, S. 39; Eltze a.a.O. S. 42; KG Rechtspr. 18, S. 395.

4) Ullmann, a.a.O., S. 18 f.

Die Berechtigung scheint er der Beweislastregel des § 282 BGB entnehmen zu wollen, wenn er ausführt: Da der Schuldner gemäß § 282 BGB sein Nichtverschulden an der Unmöglichkeit darlegen und beweisen müsse, könne er zu diesem Punkt auch auf die Vollstreckungsgegenklage verwiesen werden ¹⁾.

Eltze ²⁾ mißt dem "Vertretenmüssen" deshalb keine weitere Bedeutung bei, weil der Schuldner in den Fällen der §§ 989, 990 BGB regelmäßig über § 990 Abs. 2 i.V.m. § 287 BGB sogar für den zufälligen Untergang einer Sache hafte.

1) SeuffBl. 69, S. 495; zutreffend hiergegen Josef, JW 1910, 920 und Weiß, S. 69f:
"Es wäre höchst unbillig und würde eine Abänderung des den Schadensersatzanspruch begründenden Rechts bedeuten, wollte man dem Gläubiger einen Schadensersatz zusprechen, als bestünde dieser lediglich auf Grund der Unmöglichkeit der Leistung und es dem Schuldner überlassen, von sich aus vorzugehen durch Erhebung der Vollstreckungsgegenklage."

2) a.a.O. S. 24 ff. 27

1.3.2. Rechtsgrundlage für den Sekundäranspruch ist
§ 286 Abs. 2 BGB - Fall 2 - ¹⁾

Diese unechte Eventualklage sei nur der Vollständigkeit halber erwähnt, denn eine solche Klage findet sich weder in der Praxis der Rechtsprechung, noch beschäftigt sich die Literatur mit einer solchen ²⁾. Es dürfte wohl der Auffassung von Weiß (vgl. oben S. 28) entsprechen, die Zulässigkeit dieser Klageverbindung wegen der fehlenden Möglichkeit einer Rechtsanwendung auf den Tatbestand des Sekundäranspruchs abzulehnen. Demgegenüber könnte die Argumentation von Eltze und Sellner unter Zugrundelegung ihrer Ausführungen zu oben S. 28 dahin gehen, daß mit der fruchtlosen Vollstreckung wegen der Primärleistung das Interesse an etwas nicht Realisierbarem schlechthin unsinnig sei. Mit der fruchtlosen Zwangsvollstreckung wäre hier- nach der Sekundäranspruch gem. § 286 Abs. 2 BGB ent- standen.

Einer solchen Argumentation stünde allderings ent- gegen, daß ein Interessewegfall i.S.d. § 286 Abs. 2 BGB nur dann vorliegt, wenn der Zweck der Obligation infolge des Verzuges nicht mehr erreichbar ist ³⁾. Die Frage nach dem Interessewegfall be- antwortet sich mithin niemals nach der Realisier- barkeit der Leistung, sondern alleine danach, ob die Leistung, würde sie zum jetzigen Zeitpunkt erfolgen, noch mit dem Vertragszweck in Einklang stünde.

1) Zur Tenorierung in diesem Fall vgl. S. 19

2) Auch Weiß erwähnt diesen Fall nicht, eben- sowenig wie er diesem materiellen Anspruchs- verhältnis einen Platz in seiner Dreiteilung zuweist.

3) Staudinger/Kaduk, § 286 Anm. 2b.

1.3.3. Rechtsgrundlage für den Sekundäranspruch sind die Fristsetzungsfälle - Fall 3 - ¹⁾

Hinsichtlich dieser unechten Eventualklage ist heute allgemein anerkannt, daß sich deren Zulässigkeit weder aus § 255 ZPO ²⁾ noch aus einer entsprechenden Anwendung des § 510 b ZPO ³⁾ ergibt. Die Bedeutung des § 255 ZPO erschöpft sich darin, den Gläubiger eines Leistungsanspruchs prozessual zu ermächtigen, im Wege der Hilfsklage ⁴⁾ von dem ihm zustehenden materiellrechtlichen Fristbestimmungsrecht ⁵⁾ Gebrauch zu machen. Die entsprechende Anwendung des § 510 b ZPO verbietet sich schon alleine wegen der mit dieser Vorschrift korrespondierenden Schuldnerschutzvorschrift des § 888 a ZPO ⁶⁾.

Nach Ansicht von Pünder gibt die Regelung des § 510 b ZPO aber auch kein argumentum e contrario für die Unzulässigkeit der Klagenverbindung ⁷⁾. Diese Klagenverbindung sei nämlich auch schon vor der Einfügung des § 510 b in die ZPO nach § 259 ZPO zulässig gewesen. Durch die Regelung des § 510 b ZPO sei lediglich die Rechtsstellung des Gläubigers verbessert worden. Dieser könne nämlich nun unter den Voraussetzungen des § 510 b ZPO Klage auf künftige Leistung wegen des Sekundäranspruches erheben, ohne daß die in § 259 ZPO postulierte "Besorgnis" besteht, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen.

1) Zum Beispiel einer Tenorierung vgl. oben S. 19.

2) Vgl. OLG Köln in MDR1950, S. 432; Weiß, S. 30; Moos, S. 40; Wieczorek zu § 255 A II; Stein/Jonas zu § 255 I 3;

3) Vgl. Bunte, in JuS 1967, S. 207 m.w.Nw.; auch Baumbach/Lauterbach hat seine noch in der 29. Auflage vertretene abweichende Ansicht inzwischen aufgegeben, vgl. § 510 b Anm. 1.

4) Keine Klagenhäufung i.S.d. § 260 ZPO, vgl. Stein/Jonas, § 255 Anm. I, 3; Wieczorek § 255 A, II.

5) Die Frist wird hier mit Rechtskraft des Urteils in Lauf gesetzt, Stein/Jonas § 255 Anm. 5; Zöllner § 255 Anm. 3; Baumbach/Lauterbach § 255 Anm. B; A.A. Romeick, a.a.O. S. 103 f.

6) Stein/Jonas § 510 b Anm. II, 1.

7) in ZZP 41, S. 57; ebenso Bunte, a.a.O. S. 207.

Die Frage nach der Anwendbarkeit des § 259 ZPO auf den zukünftigen Sekundäranspruch, die von der heute h.M. ¹⁾ bejaht wird, ist mithin auch hier erster und zentraler Punkt im Meinungsstreit über die Zulässigkeit dieser unechten Eventualklage.

Anders als in dem 1. Fall, der nachträglichen Unmöglichkeit (vgl. oben S. 28), ist nach Auffassung von Weiß hier die Möglichkeit einer teilweisen Rechtsanwendung auf den künftigen Sekundäranspruch gegeben. Nach der Ausübung des Fristsetzungsrechts durch den Gläubiger sei der künftige Sekundäranspruch nämlich bereits als rechtlich gesicherte Anwartschaft entstanden. Es handele sich nicht mehr um einen nur künftigen Anspruch im Sinne einer bloßen Hoffnung, einer vagen Aussicht, da sein endgültiges Entstehen lediglich an die Bedingung des fruchtlosen Fristablaufs geknüpft sei ²⁾.

Diese von Weiß vertretene Auffassung korrespondiert mit der h.M., nach der zukünftige Ansprüche nicht mit der Klage nach § 259 ZPO geltend gemacht werden können. Nach dieser h.M. kann ein Anspruch, dessen Entstehen erst in Aussicht steht, eine Klage nach § 259 ZPO nicht begründen, weil diese Vorschrift voraussetze, daß der Schuldgrund bereits bei der Klageerhebung besteht und das endgültige Entstehen des Anspruchs nur noch von einer Bedingung abhängig ist ³⁾.

1) Vgl. die Nachweise oben S. 5 Anm. 1.

2) Weiß, S. 7; ebenso Hellwig, Anspruch, S. 6; Eltze, S. 19.

3) Seuffert/Walshmann, § 259 Anm. 2; Stein/Jonas, § 259 Anm. 1; Wieczorek, § 259 Anm. A I; Thomas/Putzo § 259 Anm. 1; Baumbach/Lauterbach § 259 Anm. 1; Eltze, S. 32 m.w.N.; Rosenberg/Schwab S. 464.

Anders als Weiß vertritt die h.L. jedoch nicht, daß der künftige Sekundäranspruch bereits mit der Fristsetzung durch den Gläubiger als rechtliche Anwartschaft entstanden ist. Die nicht fristgerechte Erfüllung des Primäranspruchs durch den Schuldner wird ganz richtig als bloße Rechtsbedingung und somit als gesetzliche Voraussetzung für das Entstehen des Sekundäranspruchs erkannt ¹⁾.

Dennoch entscheidet sich aber die h.M. für die Klagbarkeit des Sekundäranspruchs nach § 259 ZPO ²⁾.

Der bereits bestehende Schuldgrund wird dabei wohl in dem vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnis gesehen, das durch den Primäranspruch verkörpert wird. Während das Vorliegen einer bloßen Rechtsbedingung für Klaholt ³⁾ der Grund ist, § 259 ZPO nur entsprechend anzuwenden, ist dies für andere der Grund, die Anwendung dieser Vorschrift gänzlich zu verneinen ⁴⁾.

In Analogie zu § 916 Abs. 2 ZPO soll zwar die Rechtsschutzfähigkeit von Ansprüchen, die von einer *condicio iuris* abhängen, dort ihre Grenze finden, wo dem Anspruch "wegen der Unwahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung" kein gegenwärtiger Vermögenswert zukommt ⁵⁾.

1) Vgl. Bunte, in JuS 1967, S. 206 f; Ullmann, S. 21

2) Hierzu Bunte a.a.O. S. 207.

3) In GruchBeitr. Bd. 58, S. 788.

4) Vgl. Stein, in ZZP 24, S. 223; Romeick, S. 105 f; Siegel, in JW 1910, S. 55; Wieczorek, § 510 b Anm. A I und § 260 Anm. B, I b.

5) Vgl. Rosenberg/Schwab, S. 464; ebenso Moos, a.a.O. S. 35; Hellwig, Anspruch, S. 384; Klaholt, a.a.O. S. 789 macht die Notwendigkeit an folgendem Beispiel deutlich:

Bedroht mich jemand mit einer konkreten Rechtsverletzung i.S.d. § 823 BGB, so kann ich ihn nicht schon jetzt verurteilen lassen, mir, falls er die Drohung wahrnehmen sollte, Schadensersatz aus § 823 BGB zu leisten.

Insoweit ist aber die h.M. offensichtlich der Ansicht, daß diese Grenze bei den hier vorliegenden künftigen Sekundäransprüchen noch nicht erreicht ist ¹⁾.

Das von § 259 ZPO geforderte besondere Rechtsschutzbedürfnis, nämlich die Besorgnis, daß sich der Schuldner der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, soll nach der h.M. immer schon dann gegeben sein, wenn der Schuldner deutlich zu erkennen gibt, er werde nicht leisten, oder wenn er seine Primärleistungspflicht ernstlich bestreitet ²⁾.

Eine Sonderstellung im Kreis derer, die die Zulässigkeit der Klageverbindung über §§ 259, 260 ZPO bejahen, nimmt Eccius ³⁾ ein. Nach ihm reduziert sich das Recht des Gläubigers auf die Leistung entsprechend der Regelung der §§ 510 b, 888 a ZPO zu einer bloßen facultas alternativa des Schuldners: Mache der Gläubiger von der Möglichkeit der Klageverbindung Gebrauch, so begeben er sich des Rechts, die Primärleistung im Wege der Vollstreckung zu erzwingen ⁴⁾. Da materiell-rechtlich der Primäranspruch nach dem klaren Gesetzeswortlaut erst nach fruchtlosem Fristablauf "ausgeschlossen" ist, können dieser Ansicht wohl nur zivilprozessuale Erwägungen zugrundeliegen. Welcher Art diese sind, wird von Eccius nicht mitgeteilt.

Eltze ⁵⁾ läßt die Klageverbindung ganz allgemein bei allen Fristsetzungsfällen mit Ausnahme des § 283 BGB zu: Da im Fall des § 283 BGB das Fristbestimmungsrecht des Gläubigers an die Voraussetzung geknüpft sei, daß der Schuldner rechtskräftig zur Leistung verurteilt ist, könne eine wirksame Fristsetzung nicht schon mit der Verurteilung in die Primärleistung erfolgen.

1) A.A. Josef in JW 1910, S. 920

2) Vgl. Bunte, JuS 1967, S. 207

3) In GruchBeitr. 47, S. 152

4) Hiergegen insbes. Klaholt, in GruchBeitr. 58 S.784ff; Eltze, S. 41; Marquart, in JW 1909, 37.

5) a.a.O. S.20, 51.

Bis zur Fristsetzung sei der Sekundäranspruch aber ein rein zukünftiger Anspruch, der keinen Rechtsschutz genieße ¹⁾.

Gegen die Zulässigkeit der Klageverbindung im Falle des § 283 BGB wird vielfach dessen Absatz 1, Satz 3 ins Feld geführt ²⁾, wonach eine Verpflichtung zum Schadensersatz dann nicht eintritt, "wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat". Es sei ein Unrecht gegenüber dem beklagten Schuldner, wenn man ihn wegen eines Anspruchs, der niemals zur Entstehung gelangt sei, auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO verweisen würde ³⁾.

Eine andere Auffassung hierzu vertritt Weiß. Er meint, daß diese Verschlechterung der Rechtsstellung des Schuldners durch das von § 259 ZPO vorausgesetzte besondere Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigers für die Klage ausgeglichen werde ⁴⁾.

Schließlich wird von den Gegnern der Klagenverbindung bisweilen noch auf die Schwierigkeit der Schadensberechnung hingewiesen ⁵⁾, die dadurch entstehe, daß Grundlage hierfür die Zeit nach fruchtlosem Fristablauf ist ⁶⁾.

1) Eltze, S. 44, nicht ganz verständlich, wenn man bedenkt, daß er sogar die Klageverbindung über §§ 280, 325 BGB (vgl. oben S. 28) zuläßt; ebenso Hein, Duldung, S. 298 ff. u. OLG Stuttgart, in Recht 1912, S. 379; dagegen zu Recht Weiß, S. 32 ff.

2) Vgl. Seuffert/Walsmann, ZPO, § 255 Anm. 4; OLG Stuttgart in Recht 1919, Nr. 405; SeuffArch. Bd. 47, Nr. 235; OLG München in OLGZ 1965, S. 10.

3) So Sellner in SeuffBl. 69, S. 495; Josef, JW 1910, 921; Popper, S. 47.

4) Weiß, a.a.O. S. 35.

5) Popper a.a.O. S. 47; Siegel in JW 1910, S. 56.

6) h.M. vgl. hierzu Staudinger/Werner, § 283 Anm. 14; Schmidt, in ZZP 74, S. 59; Weiß, a.a.O. S. 35.

2. Unechte Eventualklage und uneigentliche eventuelle Anspruchskonkurrenz

Die Behandlung dieser unechten Eventualklage wird in der Rechtsprechung soweit ersichtlich überhaupt nicht - und in der Literatur nur in geringem Umfang, zumeist nur für die facultas alternativa des Gläubigers, diskutiert.

Entsprechend dem materiellen Anspruchsverhältnis könnten die Klageanträge folgendermaßen lauten:

- 1) Der Bekl. wird verurteilt DM (Schadensersatz wegen Nichterfüllung) an den Kl. zu zahlen.
- 2) Der Bekl. wird verurteilt für den Fall des Rücktritts (der Ersetzung) die Sache X an den Kl. herauszugeben.

Eine solche Klageverbindung hält Weiß ¹⁾ unter der Voraussetzung des § 259 ZPO uneingeschränkt für zulässig. Nach seiner Ansicht sollen selbst gegen die Zulässigkeit einer Klagenverbindung keine Bedenken bestehen, der materiellrechtlich ein Tauschgeschäft zu Grunde liegt, und die folgenden Wortlaut hat:

- 1) Der Bekl. wird verurteilt, an den Kl. die Sache a herauszugeben.
- 2) Dem Bekl. wird hierfür eine Frist von x Tagen gesetzt.
- 3) Für den Fall, daß der Bekl. die Sache innerhalb dieser Frist nicht herausgibt, wird er verurteilt:
 - a) X DM (Schadensersatz weg. Nichterf.) an den Kl. zu zahlen.
 - b) für den Fall des Rücktritts durch den Kl. die Sache b an ihn herauszugeben.

Nach Hellwig ²⁾ kann an der Zulässigkeit dieser "alternativen Verbindung der Ansprüche", von denen der primäre "resolutiv" und der sekundäre "suspensiv" bedingt sei, schon deshalb nicht gezweifelt werden, da doch auch die Klage aus der alternativen Obligation (§§ 262, 265 BGB) nichts anderes sei. "als die Klage aus zwei Ansprüchen, die beide resolutiv bedingt sind".

1) a.a.O. S 69 ff.

2) Anspruch S. 112, Zivilprozeß I S. 376; ebenso Langheineken, Anspruch und Einrede S. 203 für den Fall der facultas alternativa d.Gl.

Diese von Hellwig vertretene Auffassung - soviel sei schon hier angemerkt - trägt nicht der begrifflichen Unterscheidung zwischen der facultas alternativa des Gläubigers und der Wahlschuld i.S.d. §§ 262 ff. BGB Rechnung ¹⁾. Bei der Wahlschuld hat der Gläubiger immer nur einen Anspruch mit noch unbestimmtem Inhalt ²⁾. Erst durch die Ausübung des Wahlrechts wird der Anspruchsinhalt festgelegt. Demgegenüber hat der Gläubiger im Falle der facultas alternativa bereits vor der Ausübung des Gestaltungsrechts einen in seinem Inhalt festgelegten Anspruch ³⁾.

Die Konsequenzen, die sich aus dieser materiellrechtlichen Differenzierung für den Prozeß ergeben, sind leicht erkennbar. Bei der Wahlschuld ist die Zulassung der alternativen Klagenverbindung eine materiellrechtliche Notwendigkeit, da das Gesetz nicht vorschreibt, daß der Gläubiger sein Wahlrecht vor Klageerhebung ausüben muß ⁴⁾. Bei der facultas alternativa besteht diese Notwendigkeit nicht, da hier die Leistung bereits inhaltlich festgelegt ist.

Von den Gegnern der Klagenverbindung ⁵⁾ wird u.a. angeführt, die Klagenhäufung nach § 260 ZPO setze voraus, daß jeder Anspruch auch für sich allein geltend gemacht werden können muß ⁶⁾.

1) Gegen diese rechtliche Konstruktion und Qualifizierung der Wahlschuld Gernsheim a.a.O. S. 46 und Erler, a.a.O. S. 22.

2) Vgl. Staudinger/Werner, § 264 Anm. 7.

3) Gernsheim, a.a.O. S. 47 f.

4) Dazu, daß die alternative Klagenhäufung in den Fällen der §§ 262, 265 BGB allgemein anerkannt ist, vgl. Rosenberg/Schwab, S. 515; Wieczorek, § 253 Anm. G, III, a, 4; RGZ 53, S.81.

5) Für die facultas alternativa des Gläubigers von Bosse a.a.O. S. 112; Lippert, a.a.O. S. 53; Gernsheim, a.a.O. S. 231.

6) Gernsheim, S. 232.

Da es nun aber für die Geltendmachung eines künftigen Anspruches grundsätzlich an dem erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis fehle ¹⁾, wenn es allein vom Willen des Klägers abhängt, ob aus einem künftigen oder gegenwärtigen Recht geklagt werde, sei auch die Klageverbindung nicht zulässig. Davon abgesehen verbiete sich die Klageverbindung auch im Hinblick auf das materiellrechtliche Ausschlusslichkeitsverhältnis der beiden Ansprüche ²⁾.

1) Gernsheim, S. 231; ebenso für die Aufhebungs- und Vernichtungsrechte Ullmann, S. 43. Richtiger dürfte es jedoch sein, vorliegend nicht vom Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses zu sprechen, denn es ist durchaus vorstellbar, daß die Besorgnis besteht, der Bekl. könne sich der künftigen Leistung entziehen, sondern vom Fehlen der Rechtsschutzfähigkeit; denn § 259 ZPO will nur den Gl. schützen, der die Leistung zur Zeit noch nicht verlangen kann.

2) Gernsheim, S. 232.

3. Unechte Eventualklage und unechte eventuelle Anspruchskonkurrenz

Gekennzeichnet wird diese Klageverbindung dadurch, daß der Sekundäranspruch hier ohne jede weitere Voraussetzung alleine infolge der gestaltenden Wirkung der rechtskräftigen Verurteilung wegen des Primäranspruches gem. § 894 ZPO zur Entstehung gelangt ¹⁾. Entsprechend lautet der Tenor der Verurteilung am Beispiel der Wandlung:

- 1.) Der Beklagte wird verurteilt, in die Wandlung einzuwilligen.
- 2.) Nach Rechtskraft des Urteils hat der Beklagte Zug um Zug gegen Rückgabe des Pkw ... DM ... an den Kläger zu bezahlen.

Im Hinblick auf die große Bedeutung für die Praxis ist es auch der Fall der Wandlung, an dem zur Frage der Zulässigkeit der Klageverbindung - daß sie prozessual wünschenswert ist, wird nirgends bezweifelt - am häufigsten Stellung genommen wird. Dabei ist nicht die Zulässigkeit der obigen Klageverbindung als solche der eigentliche Streitpunkt, sondern darüberhinausgehend die Frage, ob nicht trotz des materiellrechtlichen Anspruchsverhältnisses unmittelbar der Sekundäranspruch geltend gemacht werden könne, ohne daß es überhaupt einer Verurteilung wegen des primären Anspruches bedürfe ²⁾.

-
- 1) Es handelt sich bei § 894 der Sache nach um ein Gestaltungsurteil, wenn auch in der Form eines Leistungsurteils; so mit Recht, Bötticher, S. 33; zustimmend Larenz in NJW 1951, 499.
 - 2) Blomeyer in AcP 151, S. 99 ff. gesteht dieser Praxis, obgleich sie sich nicht im Einklang mit der Regelung des BGB befinde, derogierende Kraft zu. Hiergegen zu Recht Larenz, NJW 1951, S. 497 ff.

Ebenso wie von der "Herstellungstheorie" wird diese Frage von der "modifizierte(n) Vertragstheorie" ¹⁾ bejaht. Nach der letzteren wird die Wandlung entweder außerprozessual durch die Einverständniserklärung des Verkäufers vollzogen oder prozessual durch richterlichen Gestaltungsakt, da das Leistungsurteil i.S.d. § 894 ZPO der Sache nach nichts anderes als ein Gestaltungsurteil sei ²⁾. In der Verurteilung wegen des Sekundäranspruches, zur Rückzahlung des Kaufpreises, liegt ihr zufolge gleichzeitig die Rechtsgestaltung nach § 894 ZPO ³⁾. Die Vertreter der Vertragstheorie kommen auf dem prozessualen nur im Formalen liegenden Umweg der Klageverbindung zum gleichen Ergebnis ⁴⁾. So wird die Verbindung der Klage wegen des Sekundäranspruches mit der Klage nach § 894 ZPO von den einen im Hinblick auf die Vorschrift des § 259 ZPO zugelassen ⁵⁾, von den anderen, weil der Sekundäranspruch eine "selbstverständliche Begleitscheinung" der eintretenden Rechtskraft sei ⁶⁾. Stimmen sämtliche Theorien mit Ausnahme der Ansicht weniger Autoren mithin darin überein, daß der Sekundäranspruch sofort mit der Klage geltend gemacht werden kann ⁷⁾, so liegt der Meinungsunterschied im Ergebnis

1) Vgl. Larenz, Schuldrecht II, S. 48 oder Theorie des "richterlichen Gestaltungsrechts".

2) Vgl. oben Anm. 1 S. 40.

3) Im Leistungsurteil liegt insoweit zugleich ein "verdecktes Gestaltungsurteil", Larenz, Schuldrecht II, S. 48, Anm. 4; ebenso Böttcher, S. 39; Fikentscher, S. 391 f.

4) Der einzige sachliche Unterschied findet sich darin, daß nach der Vertragstheorie wegen des Sekundäranspruchs erst nach Rechtskraft vollstreckt werden kann, vgl. Weiß, S. 92; Oertmann, § 465 Anm. 1d, wohingegen er nach den anderen Theorien der vorläufigen Vollstreckbarkeit zugänglich ist.

5) Vgl. Hellwig, LB I, S. 375, 376; Dernburg, Bürgerl. Recht, § 185 Fußn. 18, 19; Weiß, S. 91 f.

6) Vgl. Oertmann, § 465 Anm. 1d; Kohler, in AcP 80, S. 288; Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, S. 31.

7) Gegen die Klageverbindung: Eccius in GruchBeitr. 43, S. 305 ff; Planck, § 462 Anm. 3 a "logisch und prozessual unmöglich"; Haymann in GruchBeitr. 46, S. 511; Langheineken, Anspruch und Einrede S. 218.

lediglich in der Frage des Wie; nämlich ob als gegenwärtiger Anspruch oder als künftiger Anspruch i.S.d. § 259 ZPO.

Es entspricht den oben zur Wandlung vertretenen Auffassungen, daß auch im Falle des Vorvertrages die Klage auf Abgabe des Angebots und die Klage auf Leistung aus dem Hauptvertrag nach allgemeiner Ansicht miteinander verbunden werden können ¹⁾.

Das besondere Rechtsschutzbedürfnis des § 259 ZPO sei dabei nicht Voraussetzung für die Geltendmachung des Sekundäranspruches, bzw. finde sich dieses schon alleine in der Ablehnung des primären Anspruchs ²⁾.

Man könnte hier ebenso wie bei der Wandlung entsprechend der Lehre vom richterlichen Gestaltungsakt ³⁾ daran denken, auch die Verfolgung des Rechts aus dem Vorvertrag unmittelbar durch die Klage auf Erfüllung des Hauptvertrages zuzulassen ⁴⁾. Dieser Weg wurde von der Praxis allerdings soweit ersichtlich bisher nicht beschritten.

1) Hellwig, LB I S. 375/376, System 1 S. 265 "gewohnheitsrechtlich ohne weiteres zulässig"; Henrich a.a.O. S. 187; Staudinger-Kaduk § 313 Anm. 8; Soerge/Siebert, vor § 145 Anm. 48; Larenz, Schuldrecht II, S. 111; kritisch Blomeyer, la promesse de vente, S. 262 ff, 296: "die Zulassung der Leistungsklage neben der Abschlußpflicht sei systematisch ein Fehler"; dagegen Haymann in GruchBeitr. 46, S. 514.

2) Hellwig, System 1 § 103 Anm. II, 1 mit Fn. 23; Henrich a.a.O. S. 187 Anm. 14, für ihn ergibt sich dies daraus, daß der eigentliche Leistungsanspruch aus dem Vorvertrag als einem gegenwärtigen Rechtsverhältnis entspringt (S. 191); A.A. Röser, Ankaufsrecht, S. 57 f.

3) Vgl. oben S. 41 Anm. 3

4) Vgl. den Vorschlag bei Blomeyer, la promesse, S. 302; Bedenken hiergegen bei Henrich, S. 188.

Schließlich wird auch die Verbindung der entsprechenden Leistungsklage mit der Aufhebungsklage in den Fällen des § 749 und des § 2042 BGB ohne besondere Voraussetzungen zugelassen ¹⁾.

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß die Klageverbindung hier von der ganz h.M. für zulässig erachtet wird. Die vereinzelt Gegenstimmen berufen sich vordringlich darauf, daß § 259 ZPO nur die Klage auf künftige Leistung, aber nicht die aus künftigen Ansprüchen er-mögliche ²⁾.

1) Vgl. Böttcher, S. 35; Palandt-Thomas, Vorbem. § 749 Anm. 2ⁿ Erman/Bartholomeyczik, § 2042 Anm. 7; ganz allgemein für alle Fälle des unechten eventuellen Anspruchsverhältnisses Weiß S. 89 f unter der Voraussetzung des § 259 ZPO.

2) Vgl. Langheineken, Anspruch und Einrede S. 218; Haymann in GruchBeitr. 46, 516; Eccius in GruchBeitr. 43, 305.

3. Abschnitt

Die Ermittlung der Ansatzpunkte für die eigene Untersuchung

1. Die Besonderheiten der unechten Eventualklage gegenüber der kumulativen Klagenhäufung

Bei einer kritischen Betrachtung der dargestellten Meinungen fällt auf, daß sich der Streit über die Zulässigkeit der unechten Eventualklage, die sich nach fast übereinstimmender Auffassung als kumulative Klagenhäufung darstellt ¹⁾, überwiegend auf die Frage nach der Anwendbarkeit des § 259 ZPO auf den künftigen Sekundäranspruch konzentriert. Daneben werden gegen deren Zulässigkeit von Fall zu Fall Einwände prozeßrechtlicher oder materiellrechtlicher Art erhoben. Nirgends wird jedoch das besondere Verhältnis behandelt, das in sämtlichen Fällen der unechten Eventualklage zwischen dem Primär- und dem Sekundäranspruch besteht ²⁾.

Wenn man aber die unechte Eventualklage mit den allgemein üblichen und anerkannten Fällen der kumulativen Verbindung zweier Leistungsklagen vergleicht, zeigt sich, daß diesem Verhältnis für die Beurteilung der Zulässigkeit dieser Klagenhäufung eine entscheidende Rolle zukommen muß.

Als Beispiel für solch eine übliche Klagenhäufung sei hier eine Zahlungsklage aus einem fälligen Kaufpreisanspruch angeführt, die mit einer Zahlungsklage aus einem gestundeten Kaufpreisanspruch verbunden ist. Bei dieser kumulativen Klagenhäufung handelt es sich ebenso wie bei der unechten Eventualklage um die Verbindung eines gegenwärtigen und eines zukünftigen, noch nicht fälligen Anspruchs i.S.d. §§ 257 ff. ZPO zu einer Klage.

1) Vgl. die Nachweise oben S. 16 Anm. 1.

2) Mit Ausnahme von Gernsheim a.a.O., S. 232, nach dem sich die Klagenverbindung auch im Hinblick auf das materiellrechtliche Ausschließlichkeitsverhältnis verbietet (Vgl. oben S. 38 Anm. 3).

Die der üblichen Klagenhäufung zugrundeliegenden materiellen Ansprüche sind, wie auch das Beispiel verdeutlicht, in ihrem Bestehen von einander völlig unabhängig. So kann jeder von ihnen immer gesondert Gegenstand von materiellrechtlichen Verfügungen sein, abgetreten oder erfüllt bzw. befriedigt werden, ohne daß dies Auswirkungen auf das Bestehen des anderen Anspruchs hat.

Diese materielle Selbständigkeit der beiden Ansprüche findet sich wieder bei der prozessualen Geltendmachung. Die als Beispiel herangezogene kumulative Klagenhäufung wird insoweit den Erfordernissen gerecht ¹⁾, die an die Zulässigkeit einer kumulativen Klagenhäufung geknüpft werden. Es handelt sich um zwei verschiedene, selbständige Streitgegenstände, die gleichzeitig nebeneinander Gegenstand zweier Prozesse sein können. Über jeden kann ein Teilurteil (§ 301 ZPO) ergehen. Jeder Anspruch kann gesondert Gegenstand eines Klageverzichts (§ 306 ZPO) oder eines Anerkenntnisses (§ 307 ZPO) sein.

Ganz anders stellt sich demgegenüber das Verhältnis von Primär- und Sekundäranspruch dar. Materiellrechtlich besteht zwischen beiden eine enge innere Verknüpfung. Der künftige Sekundäranspruch kann nicht bestehen, ohne daß auch der Primäranspruch besteht. Verfügungen über den einen Anspruch bleiben jedenfalls nicht immer ohne Rechtsfolgen für den anderen. Wird z.B. bei den Fällen der echten eventuellen Anspruchskonkurrenz der Primäranspruch erfüllt, so erlischt zwangsläufig auch immer der künftige Sekundäranspruch, während er umgekehrt bei der unechten eventuellen Anspruchskonkurrenz als gegenwärtiger Anspruch entsteht.

1) Vgl. zu diesen Erfordernissen statt aller Blomeyer, Zivilprozeßrecht, S. 214.

Dieses materielle Abhängigkeitsverhältnis wirkt sich auch im Prozeß aus. Deutlich wird das schon, wenn man sich nur vor Augen hält, daß Antrag und Tenorierung bei der unechten Eventualklage in vollem Umfang der Dependenz des jeweils zugrunde liegenden materiellen Anspruchsverhältnisses ¹⁾ genügen müssen. So ist es hier z.B. nicht möglich, auf den Primäranspruch gem. § 306 ZPO zu verzichten und den Sekundäranspruch weiter mit der Klage zu verfolgen. Auf der anderen Seite kann der Beklagte den Primäranspruch nicht anerkennen, ohne zugleich auch den Sekundäranspruch anzuerkennen. Im Hinblick auf diese Abhängigkeit begegnet es schließlich erheblichen Zweifeln, ob beide Ansprüche zugleich nebeneinander in zwei selbständigen Prozessen verfolgt werden können.

1) Vgl. Stein/Jonas, Bem. II 1 b vor § 253, und oben S. 18.

2. Der Meinungsstand als Konsequenz der prozessualen Streitgegenstandstheorien.

Es stellt sich die Frage, warum diese offensichtlichen Besonderheiten, die sich in dem eventuellen Anspruchsverhältnis finden, bisher nicht mit in die Diskussion über die Zulässigkeit der unechten Eventualklage einbezogen wurden. Die Antwort darauf erhält man, wenn man unmittelbar an die Vorschrift über die Klagenhäufung (§ 260 ZPO) anknüpft. Unter den dort genannten Voraussetzungen können mehrere "Ansprüche" des Klägers gegen denselben Beklagten in einer Klage verbunden werden.

Gingen die Verfasser der RCPO noch von der Vorstellung aus, der Anspruchsbegriff der ZPO sei ein Begriff des materiellen Rechts, so entwickelte die Prozeßrechtswissenschaft bald einen Anspruchsbegriff rein prozessualen Inhalts, den prozessualen Anspruch oder Streitgegenstand. Nach diesen prozessualen Streitgegenstandslehren bestimmt sich der Anspruch i.S.d. ZPO alleine durch den im Prozeß gestellten Antrag und den dazu vorgetragenen Sachverhalt (zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff) ¹⁾ oder nur nach dem tatsächlichen Ziel der Klage, wie es in dem Antrag seinen Niederschlag findet (eingliedriger Streitgegenstandsbegriff) ²⁾.

Legt man diesen vom materiellen Recht völlig losgelösten und verselbständigten prozessualen Anspruchsbegriff zugrunde, so bestehen keine Bedenken, bei der unechten Eventualklage eine Klagenhäufung anzunehmen: Mit dem Vorliegen von zwei Anträgen sind nach beiden prozessualen Theorien zwei Streitgegenstände und somit eine Klagenhäufung gegeben. Ist aber das Vorliegen einer Klagenhäufung bejaht, so beurteilt sich deren Zulässigkeit immer nur unter prozessualen Gesichtspunkten. Das materielle Recht spielt hierfür keine Rolle.

1) Diese Lehre wurde von Rosenberg schon im LB 1. Aufl. 1927 vgl. § 87 Anm. II 2 begründet. Heute wird diese Auffassung u.a. vertreten von: Thomas-Putzo (1963) Einl. II 7; Habscheid, Streitgegenstand S. 221; Lüke in JZ 1960, S. 204; Stein/Jonas, § 253 Anm. II 2; Schönke/Schröder/Niese S. 212

2) Vgl. hierzu Schwab, der Streitgegenstand im Zivil-

3. Materielles Recht und Prozeßrecht

Der Prozeß ist kein Selbstzweck, sondern er hat nach allgemeiner Auffassung die Aufgabe, die im materiellen Recht geregelten Rechtsbeziehungen zu verwirklichen. Diese Funktion des Prozesses wird von den rein prozessualen Streitgegenstandstheorien nicht berücksichtigt, da diese nur die Lösung prozessualer Probleme, wie Fragen der Rechtshängigkeit, Klageänderung, Klagenhäufung, Anerkenntnis und Verzicht im Auge haben. So läßt sich mit diesen Theorien immer nur feststellen, daß ein Streitgegenstand vorliegt und welchen prozessualen Umfang dieser Streitgegenstand hat. Die Frage aber, ob es jeweils zulässig ist, den Antrag oder die Anträge mit dem dazugehörigen Sachverhalt zum Gegenstand einer Klage bzw. einer Klagenhäufung zu machen, können sie nicht beantworten. Die Antwort auf diese Frage findet sich nämlich alleine im materiellen Recht als der dem Prozeß vorgegebenen Rechtsordnung.

So müssen die prozessualen Streitgegenstandslehren z.B. bei einer Zahlungsklage aus einer Wette (§ 762 BGB) oder aus Heiratsvermittlung (§ 656 BGB) das Vorliegen eines Streitgegenstands bejahen, obwohl es kraft materiellen Rechts nicht zulässig ist, ein solches Begehren zum Gegenstand einer Klage, zum Streitgegenstand zu machen. Die Rechtslage ist die gleiche, wenn der Kläger mit der Klage z.B. eine Rechtsfolge begehrt, die das materielle Recht gar nicht kennt.

Die Antinomie ist offenkundig: Nach den prozessualen Streitgegenstandstheorien kann etwas Streitgegenstand sein, obwohl es gar nicht zum Streitgegenstand gemacht werden darf! Oder auf die zu untersuchende unechte Eventualklage bezogen: Es kann etwas eine kumulative Klagenhäufung sein, obwohl es möglicherweise nicht zum Gegenstand einer Klagenhäufung gemacht werden darf.

Dies mag einer der Gründe sein, warum die prozessualen Streitgegenstandslehren zu einer Reaktion geführt haben, deren erklärtes Ziel es ist, die zivilrechtliche Dogmatik endlich wieder mit dem Prozeßrecht in die "unerläßliche Übereinstimmung" zu bringen ¹⁾. Dabei sind sich die modernen materiellrechtlichen Lehren ausnahmslos darin einig, daß der Streitgegenstand inhaltlich durch den materiellen Anspruch verkörpert wird.

3.1. Die Anspruchslehre von Georgiades ²⁾

Im Unterschied zur ursprünglichen materiellrechtlichen Lehre geht Georgiades im Anschluß an Nikisch ³⁾ nicht den Weg vom materiellen Anspruch zum prozessualen, sondern vom prozessualen zum materiellen Anspruch. Ebenso wie nur ein prozessualer Anspruch, ein Streitgegenstand gegeben ist, wenn sich Inhalt und Entstehungsgrund eines Begehrens entsprechen, so soll hier auch immer nur ein materieller Anspruch gegeben sein. Als Beispiel wird in diesem Zusammenhang die Klage auf Schadensersatz wegen eines Straßenbahnunfalls angeführt, die unter dem Gesichtspunkt der Vertragsverletzung, der unerlaubten Handlung und der Gefährdungshaftung begründet ist. Dieser Klage soll nur ein materieller Anspruch zugrundeliegen, der allerdings unter mehreren rechtlichen Gesichtspunkten gewürdigt werden könne ⁴⁾.

1) Nikisch, in AcP 154, 283

Die Ansicht, daß der Streitgegenstandsbegriff einer Anlehnung an das materielle Recht bedarf, wird u.a. auch vertreten von: Lent in ZZP 57, S. 1 ff und Studienbuch § 37 IV S. 109 ff; Bettermann MDR 1954, S. 196 ff; Blomeyer, Berliner Festschrift, S. 56f; Schnorr von Carolsfeld, Festschrift für Lent, S. 253.

2) Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, 1967; vgl. die Bespr.v.Arens in AcP 170, 392 ff.

3) Vgl. in AcP 154, S. 269 ff.

4) Gegen diese Umformung bzw. die Auflösung des materiellen Anspruchsbegriffs wendet sich Arens in AcP 170, S. 392 ff mit grundlegenden Bedenken, indem er sich im einzelnen mit der Behauptung auseinandersetzt, daß der herkömmliche Anspruchs begriff sowohl materiellen als auch prozessualen Bedürfnissen nicht

3.2. Die Anspruchslehre von Henckel ¹⁾

Einen etwas anderen Weg geht Henckel. Anknüpfungspunkt für ihn ist die nach seiner Ansicht materiellrechtlich bedingte Dispositionsmaxime, von der die ZPO beherrscht wird. Er kennzeichnet den Zivilprozeß als Mittel zur Ausübung der materiellrechtlichen Privatrechte. Daraus folgert er einerseits, daß sich der Gegenstand prozessualer Dispositionen weitgehend mit dem Objekt materiellrechtlicher Verfügungen decken muß, und andererseits, daß der Streitgegenstand auch davon abhängig sein muß, ob die Partei über diesen Gegenstand materiellrechtlich disponieren kann ²⁾. Der Streitgegenstand der Leistungsklage ist Henckel zufolge also nach den Merkmalen zu individualisieren, mit denen das Objekt materiellrechtlicher Verfügungen festzulegen ist ³⁾.

Der "materiellrechtliche Anspruch als Verfügungsgegenstand", also z.B. als Gegenstand einer Abtretung, bestimmt sich nach seiner Auffassung durch einen auf einen bestimmten Zeitpunkt bezogenen Sachverhalt. Alle auf dasselbe Ziel gerichteten Normen, deren gesetzliche Tatbestandsmerkmale durch einen Sachverhalt erfüllt werden, bilden zusammen nur einen "Anspruch als Verfügungsobjekt" ⁴⁾.

So ergibt sich auch für Henckel aus dem obigen Beispiel, dem Straßenbahnunfall, nur ein materieller Anspruch und ein Streitgegenstand.

- 1) Vgl. Parteilchre und Streitgegenstand, 1961, sowie Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, vgl. die Bespr. v. Arens, in AcP 1973, S. 250 ff.
- 2) Henckel, Prozeßrecht, S. 126.
- 3) Henckel, Parteilchre, S. 277, mit dem Hinweis, daß sich dieser Streitgegenstandsbegriff nicht ohne weiteres auf die Feststellungs- und Gestaltungs-klagen übertragen lasse (S. 281 f).
- 4) Ähnlich wie Arens Georgiades hält Jauernig, Verhandlungsmaxime, S. 48, 52, Henckel vor, er habe zur Abgrenzung des Streitgegenstands den Anspruchs-begriff des materiellen Rechts in unzulässiger Weise umgebaut. Der Anspruchs-begriff könne nämlich als Verfügungsobjekt kein anderer sein als für die Funktion des Anspruchs als Gegenstand der Verjährung oder als Subsumtionsnorm.

3.3. Die Anspruchslehre von Rimmelspacher ¹⁾

Rimmelspachers Ausgangspunkt ist der Anspruchsbegriff Windscheids ²⁾. Dieser beinhaltet nach seiner Ansicht einerseits ein willensabhängiges Element, die Befugnis verlangen zu können, andererseits ein Zuordnungsobjekt. Ersteres bezeichnet er als Rechtsbehelf, letzteres als Rechtsposition ³⁾.

Während Windscheid das den Rechtsschutz vermittelnde Element, also die Befugnis, verlangen zu können, zum Anknüpfungspunkt seiner wissenschaftlichen Begriffs- und Systembildung genommen hatte, knüpft Rimmelspacher seinerseits an das 2. Element, die Rechtsposition an. Die Rechtsposition hält er für das entscheidende Element, das dem Rechtsschutz vorgegeben ist, denn ohne Rechtsposition gebe es keinen Rechtsschutz.

Die Rechtsposition, der jegliches Verpflichtungsmoment fehle, definiert er als Anwartschaft auf einen Wert, eine konkrete Erwerbsaussicht, verbunden mit der Befugnis, den empfangenen Wert zu behalten, zu gebrauchen und zu verwerten. Den Wert versteht er dabei nicht als wirtschaftliche, sondern als normative Größe ⁴⁾. Dieser Wert kann absolut oder relativ zugeordnet sein, also dem Schuldrecht oder Sachenrecht entspringen. Die den Wert jeweils verkörpernde Form, die zu verschiedenen Zeiten einen anderen Inhalt haben kann, verändert die Identität der Rechtsposition nicht ⁵⁾.

1) Materieller Anspruch und Streitgegenstandsprobleme, 1970; vgl. die Bespr. von Habscheid in ZZP 84, S. 363 f.

2) Rimmelspacher, S. 16 ff.

3) Rimmelspacher, S. 26.

4) Rimmelspacher, S. 103 f.

5) Rimmelspacher, S. 98.

Die Identität der Rechtsposition verlangt keine Einheit des Anspruchsgrundes ¹⁾, wie auch immer dieser begrifflich zu fassen ist ²⁾. Form und Inhalt der Rechtsposition sind nur insofern bedeutsam, als die von den Parteien gewollten Rechtswirkungen (z.B. Erfüllung, Übertragung, Belastung) nur eintreten, wenn sie sich über die objektiv gegebene Form im klaren sind ³⁾.

Die Rechtsposition steht materiellrechtlich bei der Erfüllung, Übertragung, Haftung und bei den Sicherungsgeschäften im Mittelpunkt. Prozessual bildet sie den Gegenstand des Leistungsprozesses und damit des Leistungsurteils ⁴⁾.

Das weitere Element des Anspruchs, der Rechtsbehelf, ist das Mittel zum Schutz und zur Verwirklichung der Rechtsposition. Dabei haben wir es materiellrechtlich immer mit mehreren Ansprüchen zu tun, wenn - wie im Falle der Anspruchskonkurrenz - mehrere Rechtsbehelfe nur einer Rechtsposition zugeordnet sind ⁵⁾. Insoweit wird also nicht, wie von den anderen Vertretern der materiellrechtlich orientierten Streitgegenstandslehre, der herkömmliche Anspruchsbegriff des BGB aufgegeben.

1) Rimmelpacher S. 77

2) Ob man wie Hellwig, Anspruch S. 90 ff, darunter einen anspruchserzeugenden Sachverhalt versteht, der, wenn er auf bestehende Rechte einwirkt, ein bestimmtes Recht betrifft oder wie Henckel, Parteilehre, S. 264 ff, 277, als Anspruchsgrund einen zeitlichen Ausschnitt aus einem Lebenssachverhalt ansieht, der durch die Tatbestandsmerkmale der Anspruchsnorm abgegrenzt wird, die eine Rechtsfolge der vom Kläger begehrten Art aussprechen.

3) Rimmelpacher, S. 98.

4) Hier haben die Lehren von Henckel und Rimmelpacher ihren Berührungspunkt.

5) Rimmelpacher, S. 205.

Die Rechtsbehelfe werden gewährt, wenn ein aner kennenswertes Interesse an der Sicherung und Verwirklichung der Rechtsposition besteht. Sie beziehen sich auf den prozessualen Bereich ebenso wie auf den außerprozessualen.

Im Gegensatz zur Rechtsposition verwirklichen die Rechtsbehelfe keinen Selbstzweck. Ihre Verknüpfung mit der Rechtsposition hat zur Folge, daß Veränderungen bei dieser auch eine Wandlung bei den Rechtsbehelfen bewirken.

Wie die Erfüllung zu einer inhaltlichen Veränderung der Rechtsposition führt, so wandelt sich mit dieser auch der Rechtsbehelf. War jene vorher Anwartschaft auf den Erwerb eines Wertes, so bot dieser das Mittel, den Wert zu erlangen.

Da sich die Rechtsposition durch die Erfüllung in ein Recht zum Behalten geändert hat ¹⁾, sichert der Rechtsbehelf nunmehr dieses Recht ²⁾.

1) Daß dies an der Identität der Rechtsposition nichts ändert, wurde bereits oben S. 52 gesagt.

2) Vgl. hierzu die Ausführungen von Rimmelspacher, S. 169.

4. Die Anspruchslehre von Rimmelspacher als
Anknüpfungspunkt für die eigene Untersuchung

Die Anspruchslehren von Georgiades und Henckel bieten keine geeigneten Ansatzpunkte für die Untersuchung der unechten Eventualklage. Ihr vordringliches Anliegen ist die Klärung der Frage, wann bei mehreren Anspruchsnormen, die inhaltlich auf dasselbe Ziel gerichtet sind, im Prozeß nur ein Antrag und ein Streitgegenstand gegeben ist. Bei den eventuellen Anspruchsverhältnissen sind die Anspruchsnormen auf verschiedene Ziele gerichtet. Es liegen auch zwei inhaltlich verschiedene Anträge vor.

Für die Frage, ob diese zum Gegenstand einer Klagenhäufung gemacht werden dürfen, geben die genannten Auffassungen nichts her.

Anknüpfungspunkte für die Untersuchung der Zulässigkeit der unechten Eventualklage finden sich dagegen in der Anspruchslehre Rimmelspachers, und zwar in der Rechtsposition, dem einen Element seines zweigliedrigen Anspruchsbegriffs. Diese bildet den Streitgegenstand. Eine kumulative Klagenhäufung nach § 260 ZPO setzt daher zwei nebeneinander bestehende Rechtspositionen voraus. Zu fragen ist deshalb, ob die Ansprüche, die in den Fällen der eventuellen Anspruchskonkurrenz miteinander konkurrieren, zwei Rechtspositionen beinhalten. Das soll die materiellrechtliche Untersuchung des jeweiligen Anspruchsverhältnisses (Frage nach der Wertidentität) und der jeweils zugrundeliegenden Ansprüche (z.B. Frage nach der Abtretbarkeit) zeigen.

4. Abschnitt

Die eigentliche eventuelle Anspruchskonkurrenz im materiellen Recht und im Prozeß

1. Unterabschnitt

Das materiellrechtliche Anspruchsverhältnis

Aus der Darstellung des Meinungsstandes zur Zulässigkeit der Klagenverbindung bei der eigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz ergibt sich, daß die hierzu vertretenen Auffassungen zwischen den einzelnen Anspruchsnormen unterscheiden.

Zunächst soll daher die Untersuchung zeigen, daß es bei der Beurteilung der Rechtsqualität des künftigen Sekundäranspruchs, dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, ohne Bedeutung ist, welche Rechtsnorm ihm jeweils zugrunde liegt. Hiermit soll klargestellt werden, daß eine Differenzierung hinsichtlich der einzelnen Anspruchsnormen entbehrlich und eine einheitliche Beurteilung gerechtfertigt ist.

Der Gläubiger eines schuldrechtlichen oder dinglichen Anspruchs kann, zumindest soweit dieser eine positive Leistungspflicht beinhaltet, vom Schuldner grundsätzlich nur die Erfüllung des Anspruchs verlangen, solange noch die Leistung erbracht werden kann oder aber noch nicht feststeht, daß der Schuldner sie freiwillig nicht bewirken wird¹⁾. Kann das Interesse des Gläubigers an der Leistung noch real befriedigt werden, so gibt es die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung im geltenden Recht nicht²⁾.

Verlangt werden kann grundsätzlich nur der Verzögerungsschaden gem. § 286 Abs. 1 BGB³⁾.

1) Daß letzteres der Fall ist bei ernstlicher, endgültiger Erfüllungsverweigerung, ist allgemeine Ansicht, vgl. Erman/Battes § 326, Anm. 8b.

2) Jakobs, S. 20 f.

3) Dieser Anspruch besteht neben dem Erfüllungsanspruch.

Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung stand dem Gläubiger ursprünglich nur zu, wenn dem Schuldner die Leistung unmöglich geworden war und dieser die Unmöglichkeit zu vertreten hatte, (§§ 280, 325, 989, 990 BGB) oder wenn sich der Schuldner in Leistungsverzug befand und das Interesse des Gläubigers an der Leistung entfallen war (§ 286 Abs. 2 BGB).¹⁾ Die Strenge und Schwerfälligkeit dieser Regelung war es, die den Gesetzgeber zu einer Liberalisierung des "Rechts der Leistungsstörung"²⁾ durch die Schaffung der sogenannten Fristsetzungsfälle veranlaßte³⁾. Durch sie wird der Anspruch auf Schadensersatz nicht mehr allein von Umständen abhängig gemacht, die der willensmäßigen Beeinflussung durch die Parteien entzogen sind. Unter ihrerseits verschiedenen Voraussetzungen ist dem Gläubiger eines Leistungsanspruchs hierdurch die Befugnis eingeräumt, dem Schuldner eine Frist mit der Erklärung zu setzen, daß er die Leistung nach Ablauf der Frist ablehnen werde (vgl. §§ 283, 326, 634 BGB)⁴⁾. Nach fruchtlosem Fristablauf ist dann der Gläubiger berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Leistungsanspruches zu verlangen⁵⁾.

-
- 1) Weiß, S. 10 bezeichnet diese beiden Fälle des eventuellen Anspruchsverhältnisses als Eventualobligation i.w.S.
 - 2) So die Begriffsbildung nach Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, S. 13.
 - 3) Romeick, a.a.O. S. 5 bezeichnet deren Einführung als eine der "erlösenden Taten" des BGB.
 - 4) Zur Bedeutung des § 283 BGB vgl. neuerdings Schmid K. in ZZP 1974, 49 ff.
 - 5) Die Problematik derjenigen Fristsetzungsfälle, die eine andere Rechtsfolge anordnen (§§ 1003, 250 BGB), wo also der Sekundäranspruch lediglich einen anderen Inhalt hat, entspricht der hier zu erörternden.

Der Anspruch auf Erfüllung ist "ausgeschlossen", so der Wortlaut des Gesetzes. In elektiver Konkurrenz zu dem Schadensersatzanspruch stehen bisweilen Gestaltungsrechte ¹⁾, deren Ausübung ihrerseits wiederum anspruchserzeugend wirkt. Obwohl rein begrifflich auch der nach Ausübung des Gestaltungsrechts entstehende Anspruch gegenüber dem Erfüllungsanspruch ein eventueller Anspruch im Sinne der oben getroffenen Definition ist, ist an dieser Stelle lediglich der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung und dessen Verhältnis zum Erfüllungsanspruch zu erörtern ²⁾.

1. Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung als geschäftsähnliche Handlung

Weiß spricht bei den Fristsetzungsfällen von einer "Umwandlungsbefugnis" des Gläubigers, die als Gestaltungsrecht zu qualifizieren sei. Die Tatsache, daß die dem Gestaltungsrecht zugrundeliegende Willenserklärung für sich den Sekundäranspruch noch nicht entstehen läßt, stehe der Qualifizierung als Gestaltungsrecht nicht entgegen, da "entscheidend und wesentlich" ja doch der Wille des Gläubigers beteiligt sei ³⁾. Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung des Gläubigers stellt sich nach dieser Auffassung als ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft dar ⁴⁾.

1) So Erler, a.a.O., S. 60; Staudinger-Weber spricht hier von alternativer Konkurrenz, § 241 Einl. C 30 b.

2) Daß hier die elektive Konkurrenz einen gesonderten Fall des eventuellen Anspruchsverhältnisses darstellt, wurde bereits auf S. 9 gesagt. Ihre Behandlung erfolgt auf S. 104 ff.

3) Weiß, S. 4.

4) Ebenso RGZ 53, 167; Romeick, a.a.O., S. 108; Palandt/Heinrichs, § 326 Anm. 5; Planck/Siber, Vorbem. zu §§ 262 bis 265, Anm. 3b; Erman-Westermann zu § 398, Anm. 25; Kratzert, a.a.O., S. 12. Diese Qualifizierung veranlasste auch einige Autoren, die Fristsetzungsfälle als Fälle der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers zu sehen, vgl. Chamnizer, a.a.O., S. 82; Pescatore, a.a.O., S. 263; Hellwig, Anspruch, S. 103; dagegen zu Recht Gernsheim, a.a.O., S. 24; 124 Anm. 88, 232 Anm. 141.

Hält man sich allerdings vor Augen, daß das Wesen eines Rechtsgeschäftes, genauer einer Willenserklärung, darin besteht, eine Rechtslage zu beeinflussen ¹⁾, so ist diese Auffassung wohl kaum haltbar. Die Rechtswirkungen der Erklärung des Gläubigers treten hier gänzlich unabhängig von einem etwaigen rechtsgeschäftlichen Willen ein. Der Wille des Gläubigers ist hier wie bei der Mahnung ²⁾ auf die Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolges, nämlich der Realisierung des primären Anspruchs innerhalb der gesetzten Frist gerichtet ³⁾, und weiter über die Mahnung hinausgehend darauf, nach Ablauf dieser Frist zur Abnahme der Leistung nicht mehr verpflichtet zu sein ⁴⁾. So wie der Anspruch wegen eines Verzögerungsschadens gem. § 286 Abs. 1 BGB nicht durch eine Willenserklärung des Gläubigers entsteht, sondern alleine auf Grund bestimmter gesetzlich normierter Voraussetzungen, so ist das Entstehen des Schadensersatzanspruches auch in den Fristsetzungsfällen nicht vom rechtsgeschäftlichen Willen des Gläubigers, sondern vom Vorliegen rein tatsächlicher Umstände abhängig.

-
- 1) Vgl. Enneccerus/Nipperdey, AT des BGB, S. 863 f.
 - 2) Daß diese kein Rechtsgeschäft, sondern nur eine geschäftsähnliche Handlung ist, ist heute allgemein anerkannt. Vgl. Blomeyer, Allgem. Schuldrecht, S. 154; Fikentscher, LB, S. 213; BGH in MDR 52, 155.
 - 3) Und nicht etwa auf die Vernichtung des ursprünglichen Anspruchs und Schaffung des neuen Schadensersatzanspruches, so Klaholt in GruchBeitr. Bd. 58 S. 784.
 - 4) Die Abnahme einer gekauften Sache ist eine klagbare Verpflichtung, Palandt/Putzo, § 433 Anm. 3 B.

Dabei ist die erste Voraussetzung tatsächlicher Art ein Tun oder Unterlassen des Schuldners, das sich als Nichterfüllung darstellt, da jede Schadensersatznorm ein Tun oder Unterlassen desjenigen verlangt, der zur Schadensersatzleistung verpflichtet sein soll. Zweite Voraussetzung ist dann, daß dem Gläubiger überhaupt ein Schaden entstanden ist.

Ebensowenig wie das Entstehen des Schadensersatzanspruchs einen rechtsgeschäftlichen Willen des Gläubigers voraussetzt, beruht es auf dessen rechtsgeschäftlichem Willen, wenn er nach fruchtlosem Fristablauf mit seinem Erfüllungsanspruch "ausgeschlossen" wird. Bei diesem Ausschluß handelt es sich um einen gesetzlich konkretisierten Fall des § 242 BGB unter dem Gesichtspunkt des *venire contra factum proprium*, wonach niemand im Widerspruch zu seinem früheren tatsächlichen Verhalten ein Recht ausüben oder geltend machen darf, wenn jenes frühere Verhalten den Schluß rechtfertigt, daß dieses Recht nicht mehr geltend gemacht werde, und in dieser Hinsicht ein bestimmtes Vertrauen beim anderen Teil erzeugt wurde ¹⁾. Ohne Zweifel würde sich der Gläubiger in Widerspruch zu seiner Erklärung setzen, er werde die Leistung nach Ablauf der Frist nicht mehr annehmen, würde er die Leistung nach dem Verstreichen der Frist nunmehr doch noch fordern. Um insoweit jeder möglichen Unklarheit zu begegnen, hat der Gesetzgeber im Interesse der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit den Primäranspruch "ausgeschlossen" ²⁾. Bei der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung handelt es sich somit um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, auf die die Vorschriften über Rechtsgeschäfte lediglich analoge Anwendung finden ³⁾.

1) Wieacker, zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 28; Eichler, die Rechtslehre vom Vertrauen, S. 32 ff.

2) Es ist nicht korrekt, wenn insoweit vom "Untergang" oder Erlöschen des Primäranspruchs gesprochen wird, wie bei Palandt/Heinrichs zu § 326, Anm. 7a; Esser, I, S. 356, BGHZ 20, 338.

3) Vgl. hierzu ausf. Lehmann/Hübner, AT des BGB, S. 336 ff.

2. Die rechtliche und wirtschaftliche Qualität
des künftigen Sekundäranspruches

Besteht der Primäranspruch als gegenwärtiger, so kommt dem Sekundäranspruch noch keine Existenzberechtigung zu, denn solange auch nur ein Tatbestandsmerkmal fehlt, liegt lediglich ein künftiger Anspruch vor ¹⁾.

Sämtliche Versuche, die künftigen Ansprüche zu klassifizieren und in Gruppen zusammenzufassen, haben danach zu erfolgen, inwieweit die künftigen Ansprüche schon in Beziehung zur Gegenwart stehen. Es ist sicherlich sachgerecht, den Grad der Wahrscheinlichkeit ihrer endgültigen Entstehung daran zu messen, ob und inwieweit schon rechtlich bedeutungsvolle Entstehungstatsachen gegeben sind, wie dies Hahnzog ²⁾ versucht, wenn er die künftigen Ansprüche in folgende 3 Gruppen einteilt:

-
- 1) Vgl. Süss, Abtretung künftiger Ansprüche, S. 6; Schenkel, die Abtretung künftiger Forderungen, S. 6; gegen die Ansicht, der Sekundäranspruch sei bereits mit Vertragsabschluß entstanden, er sei resolutiv bedingt durch den Wegfall einer Existenzbedingung (Langheineken, Anspruch, S. 145; Bergk, a.a.O., S. 88) zu Recht Süss, a.a.O., S. 46.
 - 2) Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen, S. 20; ebenso Oertmann, § 399, Anm. 1 g; Kohler, S., Die Pfändbarkeit zukünftiger Forderungen, S. 15; soweit Kohler von Forderungen statt von Ansprüchen spricht, ist dies unter Zugrundelegung der h.M. unerheblich, da derzufolge sachlich kein Unterschied zwischen beiden Begriffen besteht; vgl. Lehmann, AT S. 98; Enneccerus/Nipperdey, AT, S. 1365; Erman/Hefermehl, Anm. 3 zu § 194; Staudinger/Weber, Einl. zu § 241 C 15 mwN.

- 1) Die aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten 1) Ansprüche.
- 2) Die künftigen Ansprüche aus einem gegenwärtigen Rechtsverhältnis.
- 3) Die künftigen Ansprüche, die aus einem zukünftigen Rechtsverhältnis entstehen können.

Dabei sollen die unter Ziffer 2 fallenden künftigen Ansprüche ähnlich wie die unter Ziffer 1 schon vor ihrem Entstehen gewisse Vorwirkungen in Form von Anwartschaften entfalten ²⁾. Den Ansprüchen unter Ziffer 3 soll es demgegenüber an solcher Rechtsqualität fehlen.

Die hier in Frage stehenden künftigen Ansprüche sind jedoch sowohl unter Ziffer 2 ³⁾ als auch unter Ziffer 3 zu subsumieren. Stellt man auf das vertragliche oder gesetzliche Schuldverhältnis ab, aus dem die Sekundäransprüche (§§ 280, 325, 989, 990, 286 Abs. 2, 283, 326 BGB) mittelbar entspringen, dann liegt Ziffer 2 vor. Stellt man jedoch auf diese gesetzlichen Schuldverhältnisse selbst ab, dann ist Ziffer 3 gegeben.

Die Frage, in welche der beiden Gruppen die Sekundäransprüche letztlich einzureihen sind, läßt sich mithin nur beantworten, wenn deren Rechtsqualität selbst untersucht und geklärt wird. Haben die künftigen Sekundäransprüche schon gewisse Vorwirkungen in Form von Anwartschaften, so finden sie ihren Platz unter Ziffer 2. Geben sie hingegen lediglich eine vage Aussicht, eine bloße Hoffnung auf den Erwerb der Sekundärleistung, so sind sie unter Ziffer 3 einzuordnen.

-
- 1) Nicht hierunter fallen bloße Rechtsbedingungen.
 - 2) Kohler S., S. 22.
 - 3) Süß, S. 45f und Kohler, S. 21 subsumieren unter Ziff. 2, nicht jedoch Hahnzog.

3. Der Vergleich der Leistungsstörung mit der unerlaubten Handlung.

Es wird nirgends als zweifelhaft angesehen, daß den Ansprüchen aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff BGB) als künftigen Ansprüchen in der Gegenwart noch jeder aktuelle Vermögenswert fehlt. Sie geben lediglich eine vage Aussicht auf den Erwerb eines Schadensersatzanspruches und sind mithin unter Ziffer 3 der obigen Einteilung einzuordnen.

Im folgenden soll gezeigt werden, daß die hier zu untersuchenden künftigen Sekundäransprüche sich in ihrer Rechtsqualität nicht von den künftigen Ansprüchen aus unerlaubter Handlung unterscheiden. Hier wie dort handelt es sich um Schutznormen, die unsere Rechtsordnung jedem Recht zu dessen Sicherung und Verwirklichung zuordnet ¹⁾.

Der Unterschied liegt einzig in der Qualität des zu schützenden Rechts. Während durch die Vorschriften der unerlaubten Handlung nur absolute Rechte geschützt werden, wird durch die Vorschriften über die Leistungsstörung nur das relative Recht, die Forderung ²⁾ geschützt.

1) Rimmelspacher, S. 99 f, 173; ähnlich v. Lübtow, in JuS 63, 177.

2) Zur begrifflichen Unterscheidung und der eigenständigen Bedeutung der Forderung als der objektiven Rechtsposition gegenüber dem Anspruch als dem auf dieses Recht gestützte Verlangen eines Tuns oder Unterlassens und deren besonderen Funktionszuweisung, vgl. Rehfeldt, Einführung, S. 63; Kohler in Arch.BürgR. 21, 259; Erler, S. 19; neuerdings Rimmelspacher, S. 40 f, nach dem sich der Anspruch zusammensetzt aus Rechtsposition und Rechtsbehelf; Henckel, vorbeugender Rechtsschutz, AcP 174, S. 142; Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzes, S. 108 f.

Insoweit läßt sich die Funktion des Rechts der Leistungsstörung ¹⁾ und des Rechts der unerlaubten Handlung nicht übersehen ²⁾.

Die von Esser ³⁾ gesehene Rollenverteilung des Schadensersatzanspruches bei Vertragsverletzung und Delikt, - im 2. Fall sei der Schadensersatz "primärer Inhalt der Verbindlichkeit, Selbstzweck", im 1. Fall dagegen stelle er nur eine "Notwehrmaßnahme", ein "Treibmittel" zur Erfüllung der Leistungspflicht dar, - spricht nicht gegen die Funktionsgleichheit der Schadensersatzansprüche, sie ist lediglich eine Folge der unterschiedlichen Rechtsqualität des geschützten Rechts ⁴⁾. Davon abgesehen ist diese Differenzierung nur bedingt richtig, wenn man bedenkt, daß auch dem Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung regelmäßig ein primärer Anspruch auf Erhaltung des absolut geschützten Rechts vorangeht.

Werden die absoluten Rechte zumeist durch ein positives Tun verletzt, so stellt sich die Leistungsstörung der Nichterfüllung, d.h. die Verletzung eines relativen Rechts, überwiegend als Unterlassen dar.

-
- 1) Neben der Nichterfüllung als einem Unterfall der Leistungsstörung steht die positive Forderungsverletzung (Schlechterfüllung, Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten). Vgl. hierzu Thiele in JZ 1967, 649. Von einer eventuellen Anspruchskonkurrenz in unserem Sinne kann hier nicht gesprochen werden, weil ein Anspruch wegen pos. Fv. nicht zwingend an die Stelle des Primäranspruchs tritt, sondern neben ihm bestehen kann.
 - 2) Thiele, in JZ 1967, S. 649, spricht von einer Zweispurigkeit des Haftungssystems des BGB, bei dem das Recht der unerlaubten Handlung dem Recht der Leistungsstörung im Schuldverhältnis entspricht. Dies so unterschied das Vernunftrecht zwischen Naturalerfüllungspflicht und Haftung, vgl. Glück, Ch.F., in Ausführliche Erläuterung der Pandekten zum Hollfeld, S. 436 ff., der als "Fundament des Interesses" die "unrechtmäßige Handlung" bezeichnet und ihr die beiden Kategorien der deliktischen und der vertraglichen Schadenszufügung unterordnet. In dem Ergebnis ebenso Hasse, Chr., Die culpa des civilen Rechts, S. 63 f.
 - 3) In AcP 148, 127; ebenso Enneccerus/Lenz, S. 61/62.
 - 4) Vgl. hierzu Rimmelspacher, S. 100.

Ebenso aber wie die Nichterfüllung auch in einem positiven Tun liegen kann, nämlich dann, wenn das relative Recht, das aus der vertraglichen Verpflichtung entspringt, einen Unterlassungsanspruch gibt, so kann auch ein absolutes Recht durch ein Unterlassen verletzt werden ¹⁾.

Die Verletzung von rechtlich geschützten Positionen hat in unserer Rechtsordnung eine Schadensersatzpflicht grundsätzlich nur dann zur Folge, wenn sie auf einem vorwerfbarem, d.h. schuldhaftem Verhalten des Schädigers beruht. Wann dies jeweils der Fall ist, regelt § 276 BGB allgemein. Wann die Leistungsstörung der Nichterfüllung schuldhaft verursacht ist und eine Schadensersatzpflicht nach sich zieht, hat darüberhinaus im BGB eine nähere Ausgestaltung erfahren. Ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers entsteht hiernach immer, wenn es dem Schuldner schuldhaft unmöglich geworden ist, das Interesse des Gläubigers an der Primärleistung zu erfüllen. Liegt also der Entstehungsgrund des sekundären Schadensersatzanspruches, allgemein ausgedrückt, in einer vom Schuldner zu vertretenden Nichterfüllung des Primäranspruches ²⁾, so sind die vom BGB an das Entstehen dieses Anspruches geknüpften weiteren Voraussetzungen nichts anderes als eine rechtliche Konkretisierung, ob, wann und unter welchen Umständen der Schuldner die Nichterfüllung des Primäranspruches zu vertreten hat ³⁾.

Die Korrespondenz des Rechts der Leistungsstörung mit dem Recht der unerlaubten Handlung wird besonders dort deutlich, wo die "Nichterfüllung" einen Anspruch unter beiden rechtlichen Gesichtspunkten begründet.

-
- 1) Hauptanwendungsfall ist die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht im Rahmen des § 823 BGB.
 - 2) Staudinger/Kaduk, § 286 Anm. 3.
 - 3) i.d.S. Stoll, die Lehre von den Leistungsstörungen, S. 31.

So haftet der Entleiher oder Mieter einer Sache sowohl nach § 280 BGB, als auch gemäß § 823 BGB auf Schadensersatz, wenn er die Sache an einen gutgläubigen Dritten veräußert. Das relative und das absolute Recht werden entsprechend ihrer qualitativen Unterscheidung gleichermaßen durch die Rechtsordnung geschützt ¹⁾.

Ebenso wie die künftigen Ansprüche aus unerlaubter Handlung finden somit auch die künftigen Sekundäransprüche dieser eventuellen Anspruchskonkurrenz ihren Platz unter Ziffer 3 der obigen Einteilung (S. 61).

Gleichgültig, ob als Rechtsgrundlage für den künftigen Sekundäranspruch die §§ 280, 325, 286 II BGB oder die Fristsetzungsfälle herangezogen werden, solange der primäre Anspruch besteht, hat der Gläubiger lediglich eine vage Aussicht und Hoffnung auf den Erwerb des Schadensersatzanspruches ²⁾, wenn man einmal davon absieht, daß es diesem regelmäßig nur an der Erfüllung des Primäranspruches liegen wird, und das Entstehen des Sekundäranspruches gerade diesem Interesse zuwiderlaufen würde. Eine irgendwie geartete rechtliche Existenz kommt den Sekundäransprüchen neben dem Primäranspruch nicht zu. Dies dürfte sowohl für den Sekundäranspruch wegen einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit (§§ 280, 325, 989, 990 BGB) als auch für den unter den Voraussetzungen des § 286 II BGB entstehenden Anspruch allgemein anerkannt sein. ³⁾.

1) Wegen des Meinungsstreits, ob hier nur ein Anspruch oder zwei rechtlich selbständige Ansprüche vorliegen vgl. oben S. 1 Anm. 1.

2) Moos, S. 37; Kohler S., S. 23 f; a.A. Würdinger, Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff, S. 69, der zwar bei den künftigen Ansprüchen aus unerl. Handlung das Bestehen einer Anwartschaft verneint, sie aber bei den hier in Frage stehenden bejahen will.

3) Hein, Duldung der Zwangsvollstreckung, S. 296; Eltze, S. 18; Weiß, S. 11.

Nach der Auffassung einiger Autoren soll der Gläubiger in den Fristsetzungsfällen nach erfolgter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung jedoch eine rechtlich gesicherte Anwartschaft auf das Entstehen des Sekundäranspruches haben ¹⁾. Diese Auffassung ist eine Konsequenz daraus, daß das Fristsetzungsrecht unter Ablehnungsandrohung zu Unrecht als Gestaltungsrecht qualifiziert wird, dessen Ausübung dem Gläubiger den Eintritt einer Rechtswirkung gewährleisten soll ²⁾. Wie dies mit der Tatsache in Übereinstimmung gebracht werden kann, daß es auch nach der Ausübung der Fristsetzungsbefugnis durch den Gläubiger allein vom Willen des Schuldners abhängt, ob der Sekundäranspruch entsteht oder nicht, ist nicht zu ersehen. Rechtswirkungen entstehen nur und erst durch die Nichterfüllung des Primäranspruches durch den Schuldner, je nachdem, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen die Nichterfüllung zu beurteilen ist, sei es, daß dieser den Primäranspruch nicht erfüllen will oder schuldhaft nicht erfüllen kann ³⁾.

Auch die künftigen Sekundäransprüche der Fristsetzungsfälle sind mithin entsprechend ihrer Schutzfunktion ebenso wie die künftigen Ansprüche aus unerlaubter Handlung nicht Gegenstand einer rechtlichen Anwartschaft. Sie sind ohne jeden aktuellen Vermögenswert. An ihr Entstehen sind nicht einmal tatsächliche Erwartungen, sondern lediglich Befürchtungen geknüpft ⁴⁾.

1) Weiß, S. 7; Lehmann in ZZP Bd. 38 S. 103/105; im Ergebnis ebenso Eltze, S. 19 mit der Ausnahme des § 283, im Anschluß an Hein, S. 297 und Hellwig, LB Bd. 1, S. 376 f; dementsprechend wird dieser Sekundäranspruch von diesen Autoren, obwohl keine rechtsgeschäftliche Bedingung in Frage steht, als aufschiebend bedingter Anspruch bezeichnet.

2) Z.B. Weiß, S. 4, der die Fristsetzungsbefugnisse neben die Fälle der konstitutiven Willenserklärung stellt, vgl. S. 2f.

3) Vgl. oben S. 55 ff.

4) So Kohler S., S. 24

4. Der künftige Sekundäranspruch kein Gegenstand des Rechtsverkehrs

Im Hinblick auf die Anspruchslehren von Henckel ¹⁾ und Rimmelpacher ²⁾ sind die künftigen Sekundäransprüche darauf zu untersuchen, ob sie als Gegenstand im Rechtsverkehr in Frage kommen. So wie Henckel als Streitgegenstand den Anspruch in seiner Funktion als Verfügungsgegenstand, also z.B. als Gegenstand der Abtretung ansieht, so betrachtet Rimmelpacher die Rechtsposition gleichzeitig als Verfügungs- und Streitgegenstand. Scheiden nämlich die zukünftigen Sekundäransprüche als Gegenstand des Rechtsverkehrs aus, so kommen sie hiernach auch nicht als Streitgegenstand in Betracht.

4.1. Die grundsätzliche Abtretbarkeit künftiger Ansprüche

Wird ein Forderungsrecht an einen Dritten übertragen, so tritt der neue Gläubiger in die Rechtsstellung ein, die der Zedent hinsichtlich der Forderung inne hatte. Die Rechte und Befugnisse, die dem Gläubiger zustehen - wie z.B. die Mahnungs- und Fristsetzungsbefugnis -, gehen nach allgemeiner Ansicht ohne weiteres auf den neuen Gläubiger über ³⁾, ebenso wie auch die mit einem absoluten Recht verbundenen, diesem immanenten Schutzansprüche und eventuellen Schadensersatzansprüche auf den Erwerber mit übergehen. Die hierin zutage tretende Unselbständigkeit des künftigen Sekundäranspruchs legt für sich allein den Schluß nahe, daß er selbst nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein kann.

1) Vgl. oben S. 50.

2) Vgl. oben S. 51.

3) Da sie Bestandteil des Forderungsrechts sind, Larenz Schuldrecht AT, S. 470; Seetzen, in AcP 169, S. 364, 367; Brüggemann, die Abtretung von Forderungen, S. 7; Staudinger-Werner, zu § 401 Anm. IV 2; Planck, zu § 399 Anm. 4a; hinsichtlich des Fristsetzungsrechts a.A. Erman, zu § 398, Anm. 25.

Diese Folgerung wird aber in Frage gestellt durch die Tatsache, daß nach allgemeiner Ansicht künftige Ansprüche abtretbar sind, wenn nur das Entstehen des Anspruchs zur Zeit der Abtretung als möglich erscheint und die abgetretene Forderung so konkret bezeichnet wird, daß sie bei ihrer Entstehung bestimmbar ist ¹⁾. Dazu gehört bei Geldforderungen, daß sich die Höhe des Betrages im Zeitpunkt des Entstehens bestimmen läßt ²⁾. Unter diesen Voraussetzungen muß die Abtretung der hier untersuchten Sekundäransprüche begrifflich konsequenterweise ebenso möglich sein, wie die Abtretung eines Anspruchs aus einer zukünftigen unerlaubten Handlung ³⁾.

4.2. Die Verschlechterung der Rechtsstellung von Schuldner und Zessionar durch die Abtretung

Im folgenden sollen zunächst die rechtlichen Konsequenzen dargestellt werden, die sich aus der Abtretung der künftigen Ansprüche aus Leistungsstörungen und der Abtretung von künftigen Ansprüchen aus unerlaubter Handlung - ihrer Funktion entsprechend sollen sie in diesem Zusammenhang einheitlich als Schutzansprüche bezeichnet werden - ergeben. Dabei wird sich zeigen, daß durch die Bejahung der Abtretbarkeit sowohl die materielle und prozessuale Rechtsstellung des Schuldners als auch die Rechtsstellung des Zessionars in einer Weise verschlechtert wird, die nicht mehr vertretbar ist.

1) Statt aller Palandt/Heinrichs, § 398, Anm. 2c; RGRK-Löschner, § 398, Anm. 22 m.w.N.; daß der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus der Natur der Sache auf Geldersatz geht und insoweit der Grundsatz der Naturalrestitution durchbrochen wird, vgl. Staudinger-Wener, vor § 249, Anm. 78; für §§ 325, 326 BGH in JZ52, 31.

2) Kohler S., S. 87.

3) Vgl. Planck/Siber, § 398, Anm. 4b mit Hinweis auf RG in Warnmeyer 1912, Ziff. 157, wo die Wirksamkeit bedingter Abtretung von Ansprüchen aus künftigen unerl. Handlg. an den Versicherer bejaht wurde. Konkret bejaht wird die Abtretbarkeit der hier in Frage stehenden künftigen Ansprüche von Süss, S. 47 f und Hahnzog, S. 6.

Auf der ersten Stufe, auf der der Inhaber eines absoluten oder relativen Rechts den künftigen Schutzanspruch an einen Dritten überträgt, jedoch selbst Inhaber des geschützten Rechts bleibt, ist eine Verschlechterung der materiellen Rechtsstellung des Schuldners noch nicht festzustellen. Die Gefahr der Verdoppelung der Gläubigerposition, die insoweit ohnehin nur bei der eventuellen Anspruchskonkurrenz in Frage käme, scheidet hier aus, da ja durch das Entstehen des Sekundäranspruchs unmittelbar in der Person des Zessionars ¹⁾ der beim Gläubiger verbliebene Primäranspruch ausgeschlossen wird ²⁾.

Bedenken gegen die Abtretbarkeit ergeben sich für den Fall des eventuellen Anspruchsverhältnisses aber schon auf dieser Stufe unter dem Gesichtspunkt der prozessualen Rechtsstellung des Schuldners, wenn man wegen des künftigen Sekundäranspruches eine Klage gem. § 259 ZPO zuläßt. In diesem Fall bestünde nämlich für den Schuldner die Gefahr, in zwei Prozesse verwickelt zu werden, wenn er beispielsweise ohne Verschulden rechtsirrig der Auffassung ist, das dem Primäranspruch zugrunde liegende Recht bestehe nicht, so daß auch ein Entstehen des Sekundäranspruches rechtlich ausgeschlossen ist. Ob und inwieweit auch künftige Ansprüche gem. § 259 ZPO geltend gemacht werden können, soll im Rahmen dieses materiellrechtlichen Teils dahingestellt bleiben ³⁾.

-
- 1) Für Direkterwerb: Esser, Schuldrecht, S. 407; Soergel-Schmidt, Anm. 11 zu § 398; Staudinger-Werner, § 398 Anm. I, 1; Für Durchgangserwerb: BGB-RGRK Löschner, § 398 Anm. 22; RG in JW 13, 132; vermittelnd: Larenz, SchR, § 34, III; Erman-Westermann, § 398 Anm. 12; Palandt/Heinrichs, § 398 Anm. 3 c; hiernach Direkterwerb, wenn Rechtsgrundlage bereits vorhanden ist, andernfall Durchgangserwerb.
 - 2) Zu einem anderen Ergebnis müßten jedoch die Anhänger der Lehre vom Fortbestand des Primäranspruches bei verschuldeter Unmöglichkeit kommen, vgl. hierzu S. 80 f.
 - 3) An dieser Stelle sei lediglich auf die einschlägigen Kommentare verwiesen, die eine Anwendung des § 259 ZPO auf künftige Ansprüche ablehnen, vgl. Baumbach/Lauterbach § 259 Anm. 1; Thomas/Putzo § 259 Anm. 2; Stein/Jonas § 259 Anm. I, 1.

Die Gefahr einer materiellrechtlichen Verdoppelung der Gläubigerposition entsteht erst auf der zweiten Stufe; nämlich dann, wenn der Inhaber des relativen oder absoluten Rechts nach der Abtretung des künftigen Schutzanspruches an A nunmehr auch das absolute Recht, z.B. das Eigentum, oder den Primäranspruch an einen Dritten B überträgt. Verwirklicht sich hier der Tatbestand des Schutzanspruches, so hätte dies, jedenfalls was den Schutzanspruch aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff BGB) betrifft, zur Folge, daß sowohl A als auch B anspruchsberechtigt wären: A, der den Anspruch auf Grund der rechtmäßigen Abtretung unmittelbar erwerben würde, B, dem der Anspruch auf Grund seiner zumindest gutgläubig erworbenen uneingeschränkten Rechtsstellung als Eigentümer zustünde. Eine Verdoppelung der Gläubigerstellung wäre insoweit unausweichlich.

Anders gestaltet sich die Rechtslage bei dem eventuellen Anspruchsverhältnis. Zwar geht auch hier der künftige Sekundäranspruch mit der Abtretung des Primäranspruches auf den Zessionar über (vgl. S. 67), anders als bei den absoluten Rechten kann jedoch der Zessionar eines relativen Rechts auch gutgläubig niemals mehr erwerben, als dem Zedenten gegenüber dem Schuldner zusteht. Da der Schuldner dem Zedenten bei Geltendmachung des nunmehr entstandenen Sekundäranspruches dessen Abtretung an A entgegenhalten könnte, kann er dies auch gegenüber dem Zessionar B. Eine rechtliche Verdoppelung der Gläubigerstellung entstünde insoweit also nicht.

Die Bedenken, die hier gegen die Abtretbarkeit des Schutzanspruches vorhanden sind, ergeben sich insoweit nicht aus der Rechtsstellung des Schuldners, sondern aus der des Zessionars des Primäranspruches.

Da der Primäranspruch zur Zeit der Abtretung bestand und der Zedent einer Forderung nicht für deren Realisierung haftet ¹⁾, könnte sich der Zessionar, wenn die Voraussetzungen des Sekundäranspruches gegeben sind, weder an den Zedenten halten ²⁾ noch an den Schuldner, weil der Sekundäranspruch, ob originär oder derivativ ³⁾, in der Person des Zessionars des künftigen Sekundäranspruches entsteht. Lachender Dritter wäre der Zedent, der jedenfalls die Verdoppelung seiner wirtschaftlichen Position erreicht hätte.

4.3. Die Lösung des Problems

Sollten die obigen Ausführungen zeigen, daß die isolierte Abtretung der Schutzansprüche zu unhaltbaren Ergebnissen führen kann, so ist nunmehr darzustellen, warum die hier in Frage stehenden künftigen Ansprüche niemals Gegenstand einer Abtretung sein können.

Einfach hat es hier die von der h.M. vertretene Auffassung von der Anspruchsidentität ⁴⁾. Nimmt man nämlich wie diese nur einen Anspruch, wenn auch verschiedenen Inhalts, an, so ist eine zweimalige Abtretung deshalb ausgeschlossen, weil ein Anspruch wirksam auch nur einmal abgetreten werden kann. Selbst wenn man dieser h.M. folgen könnte ⁵⁾, wäre mit ihr nicht die Problematik hinsichtlich der Abtretung künftiger Ansprüche aus der Verletzung von absoluten Rechten zu lösen, da es sich dort jedenfalls nicht wie bei der eventuellen Anspruchskonkurrenz um die Umwandlung eines identisch bleibenden Anspruchs handeln kann.

1) Vgl. Palandt/Putzo, § 437 Anm. 3b.

2) Ob er sich möglicherweise über c.i.c. doch an den Zedenten halten kann, soll hier nicht untersucht werden.

3) Vgl. oben S. 69 Anm. 1.

4) Vgl. die Nachweise S. 77 Anm.

5) Daß es sich um zwei selbständige Ansprüche handelt, wird auf S. 77 dargelegt.

4.3.1. Die Lösung des Problems mit dem Anspruchsbe-
griff von Henckel

Spaltet man den materiellen Anspruch mit Henckel ¹⁾ auf und macht einen Unterschied zwischen dem Ordnungs- und Subsumtionszweck des Anspruchs einerseits und seiner Eigenschaft als wirtschaftlichem Wert andererseits ²⁾, wobei Gegenstand des Rechtsverkehrs, Objekt der Rechtsübertragung, nur der Anspruch in seiner Eigenschaft als wirtschaftlicher Wert ist, so scheint eine zweimalige Abtretung begrifflich ausgeschlossen. Daran, daß der wirtschaftliche Wert des hier in Frage kommenden künftigen Sekundäranspruches dem des Primäranspruches identisch ist, kann kein Zweifel bestehen. Der von Henckel konzipierte Anspruchsbegriff ist indessen zugeschnitten auf die Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen und dort geeignet, eine getrennte Abtretung der Ansprüche zu verhindern, in unserem Fall vermag er nicht zu helfen. Henckel stellt nämlich bei der Frage, ob ein einheitlicher Verfügungsgegenstand vorliegt, nicht nur auf die Identität des wirtschaftlichen Wertes ab, sondern darüberhinaus auch darauf, ob sowohl Anspruchsinhalt als auch Anspruchsgrund ³⁾ identisch sind. Weder das eine noch das andere ist bei der eventuellen Anspruchskonkurrenz der Fall. Wegen des unterschiedlichen Anspruchsinhaltes ist es auch nicht möglich, der unerwünschten getrennten Abtretung von Primär- und künftigem Sekundäranspruch durch Auslegung des Parteiwillens zu begegnen ⁴⁾.

1) Parteilchre, S. 259 ff.

2) Vgl. hierzu die kritischen Anmerkungen von Arens in AcP 170, S. 410 ff., sowie Jauernig, Verhandlungsmaxime, 1967, S. 47 ff.

3) Henckel, Parteilchre, S. 264 ff; unter dem Anspruchsgrund begreift er entsprechend dem Streitgegenstand einen Ausschnitt aus einem Lebenssachverhalt.

4) Daß dies bei der Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen zumeist möglich sein wird, führt Arens, AcP 170, S. 411 zu Recht aus.

Bliebe nur die Möglichkeit, die Abtretung des künftigen Sekundäranspruchs als für den Schuldner unzumutbar anzusehen und ihr deshalb die Wirksamkeit zu versagen ¹⁾. Da jedoch dieser Unwirksamkeitsgrund seine Berechtigung aus der Generalklausel des § 242 BGB schöpft, sollte er immer die ultima ratio darstellen.

4.3.2. Die Lösung des Problems mit dem Anspruchsbegriff von Rimmelspacher

Das vorliegende Problem läßt sich systematisch und dogmatisch befriedigend lösen, wenn man der Zweiteilung folgt, die Rimmelspacher ²⁾ dem Anspruchsbegriff zu Grunde legt, indem er diesen in die Rechtsposition und die dieser jeweils zugeordneten Rechtsbehelfe aufspaltet. Die Rechtsposition, der jegliches Verpflichtungselement fehlt, definiert Rimmelspacher ³⁾ als "Anwartschaft auf einen Wert, verbunden mit der Befugnis, diesen zu behalten und zu verwerten". Die den Wert jeweils verkörpernde Form, der mittelbare Anspruchsinhalt, entscheidet nicht über die Identität der Rechtsposition, Inhaltsänderungen berühren deren Identität nicht ⁴⁾. Rechtsbehelfe sind die Mittel zum Schutz und zur Verwirklichung dieser Rechtsposition. Folgte im Ergebnis bei der Zessionslehre Windscheids die Rechtsposition dem Schutzmittel ⁵⁾, so ist nach Rimmelspacher Verfügungsgegenstand immer die Rechtsposition, der die Rechtsbehelfe folgen ⁶⁾.

1) Wie dies Arens, AcP 170, S. 412 für die Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen vorschlägt.

2) a.a.O. S. 168.

3) a.a.O. S. 99.

4) a.a.O. S. 98.

5) Windscheid, Actio, S. 147 f, 175.

6) Rimmelspacher, a.a.O., S. 61 ff.

Unter Zugrundelegung dieser Begriffsbildung ist zunächst festzustellen, daß die Rechtsposition des Primäranspruches mit der des Sekundäranspruches identisch ist, da dem veränderten mittelbaren Anspruchsinhalt insoweit keine Bedeutung zukommt. Die Abtretung des künftigen Sekundäranspruches kann sich hiernach lediglich als Übertragung eines zukünftigen Rechtsbehelfs für eine bereits bestehende, beim Zedenten verbleibende Rechtsposition darstellen. Da aber immer die Rechtsposition und nicht der Rechtsbehelf Verfügungsgegenstand ist, kann auch ein bloß zukünftiger Rechtsbehelf niemals Verfügungsgegenstand sein. Allgemein läßt sich hiernach sagen: Besteht eine Rechtsposition, so kann diese, gleichgültig ob sie durch ein relatives oder absolutes Recht verkörpert wird, immer nur in der gerade existenten Form übertragen werden. Wegen der unabhängig von der Änderung des mittelbaren Anspruchsinhalts bestehenden Identität der dem Primär- und Sekundäranspruch zugrunde liegenden Rechtsposition ist es begrifflich ausgeschlossen, von einem künftigen Sekundäranspruch zu sprechen, der sich aus einem künftigen Rechtsbehelf und einer künftigen Rechtsposition zusammensetzt, da die letztere bereits als gegenwärtige besteht ¹⁾. Die begriffliche Zergliederung des materiellen Anspruchs durch Rimmelpacher in die zwei funktionsverschiedenen Elemente Rechtsposition und Rechtsbehelf gibt mithin die systematisch und dogmatisch befriedigende Begründung, mit der die wegen der aufgezeigten Problematik unerwünschte gesonderte Abtretung künftiger Schutzansprüche verhindert wird.

1) Ein künftiger Rechtsbehelf und eine künftige Rechtsposition liegen z.B. vor bei einer Vorausabtretung im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts.

Im Hinblick auf die prozessuale Geltendmachung dieser künftigen Sekundäransprüche ist an dieser Stelle als Ergebnis festzuhalten: So wie sich die Abtretung sämtlicher künftiger Schutzansprüche verbietet, so verbietet sich auch deren prozessuale Geltendmachung. Was nicht Gegenstand materiellrechtlicher Verfügungen sein kann, scheidet auch als Streitgegenstand aus. Da dem eigentlichen eventuellen Anspruchsverhältnis immer nur eine Rechtsposition zugrundeliegt, kann sie niemals Gegenstand einer Klagenhäufung sein.

5. Die Rechtsqualität des Primäranspruchs, wenn die Voraussetzungen des Sekundäranspruchs vorliegen.
Im Hinblick auf die oben (S.23f) erörterte Behandlung der Unmöglichkeit im Prozeß durch die Rechtsprechung ist hier der Vollständigkeit halber die Frage zu untersuchen, welches rechtliche Schicksal der primäre Erfüllungsanspruch erleidet, wenn einer der Tatbestände gegeben ist, nach denen der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Dabei wird sich zeigen, daß auch aus materiellrechtlichen Gründen die Praxis der Rechtsprechung einer rechtlichen Überprüfung nicht standhält. Gesetzlich scheint diese Frage nur in den sog. Fristsetzungsfällen geregelt zu sein, wenn es dort heißt: "Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen" (vgl. §§ 283, 326 BGB) ¹⁾. Demgegenüber schweigt das Gesetz in den Fällen der §§ 280, 325 und 286 II BGB gänzlich darüber, welche Wirkung das Entstehen des Schadensersatzanspruches auf den Erfüllungsanspruch hat.

1) Dem entspricht die Regelung in den übrigen Fristsetzungsfällen: in § 250 BGB "der Anspruch auf Herstellung ist ausgeschlossen", in § 634 I BGB "der Anspruch auf Beseitigung ist ausgeschlossen", in § 1003 II BGB "das Recht auf Befriedigung ist ausgeschlossen".

Während das Verhältnis des § 286 II BGB zum Erfüllungsanspruch in dogmatisch - theoretischer Hinsicht eine Behandlung in der Lehre in nur geringem Umfang erfährt, ist das Verhältnis des Primäranspruchs zum Schadensersatzanspruch wegen nachträglicher vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit ¹⁾ schon seit jeher Gegenstand heftiger Kontroversen in der Literatur. Bei § 286 II BGB wird zumeist nur auf die Rechtsfolgen bei der Unmöglichkeit hingewiesen, wo der Sekundäranspruch der "verwandelte" Primäranspruch sei, mit der Modifizierung, daß hier nicht schon der Interessewegfall des Gläubigers unter den Voraussetzungen des § 286 II BGB den Sekundäranspruch entstehen lasse. Erst die Erklärung des Gläubigers, daß er die verspätete Leistung ablehne, "verwandle" den Primäranspruch. Insoweit läge hier eine facultas alternativa des Gläubigers vor ²⁾.

Hiergegen wendet sich Gernsheim ³⁾, der zur Annahme eines Wahlschuldverhältnisses bzw. einer "besonderen Art alternativer Anspruchskonkurrenz" neigt.

-
- 1) Für die Gleichbehandlung in den Rechtsfolgen von (obj.) Unmöglichkeit und (subj.) Unvermögen: Kleinadam, Unmöglichkeit und Unvermögen, S. 126; Oertmann, BGB § 275, Anm. 4; RGRK Nastelski, § 275 Anm. 7; Roth in JuS 68, S. 101 ff mit Anm. 12; dagegen: Windscheid/Kipp, LB des Pandektenrechts, S. 94, Anm. 7; Planck/Siber, zu § 280 Anm. 2 B; Jakobs, S. 258.
 - 2) So Staudinger/Werner, § 286 Anm. 26; Planck/Siber, § 280, Anm. 3 b; Titze, Unmöglichkeit, S. 156; Schollmeyer, Kommentar zum BGB, Vorbem. zu § 362; Oertmann, zu § 280 Anm. 5 e.
 - 3) A.a.O., S. 268.

Sowohl der einen als auch der anderen Qualifizierung steht, abgesehen von den übrigen Besonderheiten, jedenfalls der Umstand entgegen, daß der Gläubiger ebenso wie bei der Unmöglichkeit allein aus tatsächlichen Gründen zu keinem Zeitpunkt eine echte Wahlmöglichkeit in der Weise hat, daß er sich zwischen zwei Leistungen entscheiden könnte.

5.1. Die h.L. von der Identität zwischen Erfüllungs- und Ersatzanspruch (Lehre von der Anspruchsumwandlung)

Die h.L. geht im Anschluß an Windscheid davon aus, daß die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit den Primäranspruch erlöschen läßt, getreut dem Grundsatz: *impossibilium nulla est obligatio* ¹⁾.

An die Stelle des Erfüllungsanspruchs tritt nach dieser Lehre der Schadensersatzanspruch. Hiernach kann das rechtliche Verhältnis nicht etwa so verstanden werden, als sei das bisherige Forderungsrecht durch die verschuldete Unmöglichkeit untergegangen und ein neues Forderungsrecht gegen den Schuldner begründet worden. Vielmehr soll es sich bei dem jetzt vorhandenen Forderungsrecht um das alte Forderungsrecht mit nur geändertem Leistungsinhalt handeln, der Primäranspruch werde lediglich umgewandelt ²⁾.

1) Vgl. Blomeyer, Schuldrecht, AT, S. 148; Staudinger/Werner, zu § 280, Anm. 4 und 5 m.w.N.; Roth in JuS 68, S. 101, in Fußnote 3 m.w.N.; neuerdings Meincke, in AcP 71, S. 22

2) Esser Bd. 1, S. 358; Larenz, Schuldrecht, AT, S. 270; Enneccerus/Lehmann, S. 208; RGRK-Nastelski, zu § 275, Anm. 35; Blomeyer, S. 148, Anm. 3; Fikentscher, S. 200; Staudinger/Werner, § 280, Anm. 4.

Zum Ursprung der Lehre von der Forderungsumwandlung aus der römischen und gemeinrechtlichen Vertragsklage, die Erfüllungs- und Interesseklage zugleich war, s. Wollschläger, S. 143 ff, 147.

Begünstigt wird diese Auffassung durch begriffliche Gleichsetzung der Forderung mit dem Anspruch durch die h.M. ¹⁾. Ein Anspruch auf eine Leistung ist nämlich nur gegeben, wenn der Gläubiger durch Anwendung von Rechtszwang, gleichgültig, ob gerichtlich oder außergerichtlich, die Leistung erreichen kann ²⁾. Da eine Leistung, die unmöglich ist, auch unter Anwendung von Rechtszwang nicht erreicht werden kann, liegt der Schluß nahe, daß der Schadensersatzanspruch, der (stattdessen) entstanden ist, das Forderungsrecht verändert hat. Zu Recht weist demgegenüber schon Rehfeldt ³⁾ auf den Funktionsunterschied zwischen Forderung und Anspruch hin. Die Forderung ist das relative Recht, der Anspruch das diesem Recht jeweils zugewiesene Schutzmittel, das die einem Einzelnen verliehene Willensmacht beinhaltet, einen anderen auf eine Leistung anzusprechen ⁴⁾. Zwar ist ein Anspruch ohne Forderung nicht denkbar, - insoweit ist es verständlich und nicht zu beanstanden, wenn Forderung und Anspruch als austauschbare Begriffe angesehen und gebraucht werden, - aber das Bestehen einer Forderung zieht nicht notwendigerweise einen Anspruch nach sich, wie Rehfeldt am Beispiel der verjährten Forderung nachweist. ⁵⁾.

Die Notwendigkeit einer solchen begrifflichen Differenzierung zeigt sich auch darin, daß als Gegenstand von Rechtsverletzungen - eine solche

1) Vgl. Hellwig, Anspruch, S. 5; Neussel, Anspruch und Rechtsverhältnis, S. 35; Hencke, Parteilehre, S. 263; Enneccerus/Nipperdey, S. 1365; Staudinger/Weber Einl. zu § 241, Anm. C 15 m.w.Nw.

2) Stech, ZZP 77, S. 161 ff, 163.

3) Einführung, S. 61; vgl. auch die Nachweise oben S. 62, Anm. 2.

4) Arens in AcP 170, S. 425 unter Hinweis auf Windscheid, LB des Pandektenrechts, S. 130; Behrends, S. 4.

5) Rehfeldt, S. 63.

stellt die Leistungsstörung, wie oben S. 62 ff. vorgelegt wurde, dar- niemals der Anspruch als die Willensmacht, jemanden auf eine Leistung anzusprechen, sondern nur das dieser Willensmacht zugrunde liegende relative Recht, die Forderung, in Frage kommt.

Besonders deutlich tritt dies im Zusammenhang mit dem Recht der unerlaubten Handlung zutage. Jemandem wird nämlich die Auffassung vertreten, daß dort, wo es sich um den Schutz von absoluten Rechten handelt, der Anspruch, die jeweilige Rechtsverletzung zu unterlassen, als Gegenstand einer Rechtsverletzung in Frage kommt. Gegenstand bzw. Grund des Schadensersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung ist nach allgemeiner Ansicht immer die Verletzung des absoluten oder subjektiven Rechts selbst.

Soweit die Lehre von der Anspruchsumwandlung überhaupt eine Begründung erfährt ¹⁾, so geschieht dies immer nur mit dem Hinweis auf den gemeinsamen Entstehungsgrund der Ansprüche aus Vertrag und auf die §§ 767 Abs. 1 Satz 2, 1210 Abs. 1 Satz 2 BGB, weil nur hierdurch die Fortgeltung von Sicherungsrechten zu erklären sei ²⁾. Von Jakobs ³⁾ und Meincke ⁴⁾ wird im einzelnen nachgewiesen, daß diese Hinweise nicht ausreichen, um die von der h.M. propagierte "Anspruchsmetamorphose" zu begründen.

1) Wie ausnahmsweise bei Planck/Siber, Anm. 2 c vor § 241 ff und Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 473.

2) Vgl. hierzu Meincke in AcP 1971, S. 28

3) A.a.O., S. 231 f.

4) A.a.O., S. 28 f: mit den Begriffen "Veränderung der Verbindlichkeit" und "Forderung in deren jeweiligen Bestand" sind auch neue zweifellos neben die primäre Forderung tretende Ansprüche gemeint.

Der Anspruch wird durch die beteiligten Personen, den Leistungsinhalt und den Anspruchsgrund individualisiert ¹⁾. Bei einem Wechsel von Leistungsinhalt oder Anspruchsgrund kann daher von einer Anspruchsidentität nicht mehr die Rede sein. Dem entspricht es, wenn der Gesetzgeber in den §§ 283, 326 BGB den Erfüllungsanspruch ausdrücklich dem Schadensersatzanspruch gegenüberstellt. Die Tatsache, daß die Lehre von der Anspruchsumwandlung nicht den unterschiedlichen Lauf der Verjährungsfristen widerspruchsfrei zu erklären vermag ²⁾, ist nur ein weiterer Ansatzpunkt für die Gegner dieser Lehre.

Der Vergleich der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit mit der unerlaubten Handlung bestätigt die Bedenken gegen die Lehre von der Anspruchsumwandlung. Der Schuldner mag durch ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten die Realisierung von Rechten mit oder ohne bestimmte Anspruchsinhalte vereiteln könne, es ist jedoch nicht in das Belieben des Schuldners gestellt, durch rechtswidriges Verhalten rechtliche Erlöschenstatbestände zu schaffen für das dem Geschädigten zugeordnete relative oder absolute Recht ³⁾.

1) Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft, S. 592; v. Tuhr, AT des Bürgerl. R. Bd. 1 S. 274 ff; Abweichend Georgiades, S. 142 ff, nach dem der Anspruchsgrund für die Individualisierung ohne Bedeutung ist; auch danach ist jedoch bei einem Wechsel des Leistungsinhalts von unterschiedlichen Ansprüchen auszugehen.

2) Vgl. BGH in NJW 59, 1819; RGZ 128, 76; da es sich "insoweit" um einen selbständigen Anspruch handelt, so Staudinger/Coing zu § 198 Anm. 2 und RGRK Johannsen zu § 198 Anm. 2.

3) Wenn die Sicherheit des Rechtsverkehrs bisweilen über das Interesse des Rechtsinhabers gestellt wird (vgl. §§ 932 ff) und einen Erlöschenstatbestand schaffen kann, bestätigt dies als Ausnahme die Regel, daß ein Recht niemals ohne den Willen des Rechtsinhabers erlöschen kann.

Ebenso, wie der Anspruch wegen eines Verzögerungsschadens gegenüber dem Hauptanspruch selbständiger Natur ist, muß dies auch für den Schadensersatzanspruch wegen Unmöglichkeit gelten. Wie sich dabei das Verhältnis des Ersatzanspruchs zum Hauptanspruch darstellt, ist eine weitere Frage.

5.2. Die Lehre vom Fortbestand des Primäranspruchs

Im Anschluß an die Äußerungen zum gemeinen Recht waren auch nach Inkrafttreten des BGB noch einige Autoren der Auffassung, daß die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit den Fortbestand des Primäranspruches unberührt lasse ¹⁾. Neuerdings hat Jakobs diese Lehre aufgegriffen und sie zu einem der tragenden Gesichtspunkte seiner Darstellung von Unmöglichkeit und Nichterfüllung gemacht.

Diese Lehre ist u.a. vor dem Hintergrund zu sehen, daß dem Gläubiger hierdurch die Möglichkeit gegeben werden soll, die Realisierbarkeit der Primärleistung im Vollstreckungsverfahren selbst zu überprüfen ²⁾.

Dogmatisch-theoretisch stützt sich diese Auffassung auf den Umkehrschluß zu § 275 BGB ³⁾ und auf die Existenz des § 283 BGB ⁴⁾.

Daß sich aus der Regelung des § 283 BGB kein Argument für den Fortbestand des Primäranspruches gewinnen läßt, wird von Meincke ⁵⁾ überzeugend dargelegt.

1) Im Anschluß an Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung, S. 229 f; Rabel, Unmöglichkeit der Leistung, S. 12 ff; Weigert, in Das Recht 1908, S. 416 f; Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 76; Cosack/Mitteis, S. 420f; Neuerdings ausführlich Jakobs, S. 230 ff.

2) Enneccerus/Lehmann, S. 216; Palandt/Heinrichs, § 275 Anh. 8; gegen die Gewährung dieser Detektivkompetenz Meincke, in AcP 1971, S. 23 f; zu den öffentlich-rechtlichen Bedenken s. oben S. 26f.

3) Zweigert, S. 416 f; Fischer, S. 26.

4) RGZ 54, 28 ff, 33.

5) In AcP 1971, S. 23; vgl. auch Stein, S. 109.

Dagegen läßt sich der Umkehrschluß aus § 275 BGB als Argument für die Annahme des Fortbestands des Primäranspruchs nicht so leicht abtun. § 275 BGB sieht die Ausschlußwirkung nur für die Fälle der vom Schuldner nicht zu vertretenden Unmöglichkeit vor. Eine ausdrückliche Regelung für die Fälle der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit ist nicht vorhanden.

Dem Umkehrschluß aus § 275 BGB steht jedoch die Tatsache gegenüber, daß dem BGB ein Nebeneinander von Erfüllungs- und Ersatzanspruch unbekannt ist ¹⁾. Dort, wo ein Nebeneinander beider Ansprüche an sich denkbar wäre, hat das Gesetz den Erfüllungsanspruch ausdrücklich ausgeschlossen (z.B. §§ 283, 326 BGB) ²⁾.

Vor allem aber spricht gegen die Lehre vom Anspruchsfortbestand, daß sie nicht in der Lage ist, das Verhältnis des Primäranspruchs zum Sekundäranspruch befriedigend rechtlich einzuordnen.

Wollte man von einer Anspruchskonkurrenz sprechen, - in Frage käme wegen der unterschiedlichen Leistungsinhalte nur die elektive Anspruchskonkurrenz - so wäre erforderlich, daß ein konkreter Sachverhalt die Tatbestände mehrerer Anspruchsnormen erfüllt ³⁾. Primär- und Sekundäranspruch beziehen sich jedoch nicht auf einen, sondern auf zwei unterschiedliche Sachverhalte.

Obwohl hier mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist (vgl. § 262 BGB), kann das Verhältnis des Primär- zum Sekundäranspruch auch nicht als Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers qualifiziert werden ⁴⁾.

1) § 179 I BGB als gesetzliches Wahlschuldverhältnis - so die h.M. - bildet insoweit keinen Ausnahmetatbestand, sondern regelt als reiner Haftungstatbestand einen anderen Fall.

2) Zu Recht räumt Meincke, S. 24, dieser Tatsache gegenüber dem Umkehrschluß aus § 275 BGB das größere Gewicht ein.

3) Vgl. S. 1 Anm. 1.

4) Vgl. Planck/Siber, zu § 280, Anm. 2b; Pescatore, S. 132 - 134, 305.

Die Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes besteht nicht, wie erforderlich ¹⁾, schon bei Begründung des Schuldverhältnisses, sondern erst mit Entstehen des Schadensersatzanspruches. Auch würde ja gerade die Qualifizierung als Wahlschuld dem Gläubiger die Möglichkeit nehmen, die Realisierbarkeit des Primäranspruchs im Vollstreckungsverfahren zu überprüfen. Würde er nämlich die Primärleistung wählen, so könne er wegen § 263 BGB nicht mehr auf die Ersatzleistung zurückgreifen.

Dieses Interesse des Gläubigers, durch die Wahl der Primärleistung den Sekundäranspruch nicht zu verlieren, könnte nur durch die Annahme einer Ersetzungsbefugnis des Gläubigers gewahrt werden. Indessen scheitert diese Annahme daran, daß es hier um das Verhältnis zweier Ansprüche zueinander geht, während bei der facultas alternativa des Gläubigers die Möglichkeit, eventuell die Ersatzleistung zu verlangen, noch nicht zum Anspruch verdichtet ist, sondern nichts weiter als die rechtliche Befugnis des Gläubigers darstellt, gegebenenfalls einen Anspruch zu begründen bzw. den bestehenden Anspruch zu ersetzen ²⁾.

1) Staudinger/Werner, Vorbem. zu §§ 262 - 265, Anm. 2.

2) Gernsheim, S. 23.

5.3. Der Primäranspruch als Naturalobligation

Die kritische Betrachtung der bestehenden Auffassungen hat zweierlei gezeigt. Einmal ist der auf Grund der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit entstehende Schadensersatzanspruch gegenüber dem primären Anspruch selbständiger Natur - keine Anspruchsumwandlung - ¹⁾. Zum zweiten können Primär- und Sekundäranspruch nicht gleichzeitig nebeneinander bestehen.

Um das Verhältnis beider Ansprüche zueinander sowohl sachlich wie konstruktiv befriedigend zu qualifizieren, bedarf es einer einheitlichen Betrachtungsweise des Rechts zur Leistungsstörung, wie sie vom Gesetzgeber geregelt wurde. Grundlage des Sekundäranspruchs bildet hiernach immer die schuldhaftes Nichterfüllung des Primäranspruchs als die Verletzung eines relativen Rechts (vgl. oben S.62ff). Begnügte sich der Gesetzgeber für den Fall der Unmöglichkeit und des § 286 II BGB damit, die Schadensersatzpflicht als Rechtsfolge darzustellen, ohne etwas darüber zu sagen, was mit dem Primäranspruch geschieht, so tat er dies durchaus in dem Bewußtsein, daß die den Tatbeständen der §§ 280, 286 II, 325 BGB zugrunde liegenden Interessen des Gläubigers die Geltendmachung des Primäranspruches per se ausschließen, weil der Gläubiger unter den dort geregelten Voraussetzungen sinnvollerweise nur an der Geltendmachung des Sekundäranspruchs interessiert sein kann ²⁾.

Formal wird diese Annahme des Gesetzgebers durch die klare Regelung in den Fristsetzungsfällen bestätigt, wo der Primäranspruch für den Fall des Entstehens des Sekundäranspruchs ausdrücklich ausgeschlossen wird.

1) Meincke, S. 30.

2) Für § 286 II BGB bedeutet dies, daß der Schadensersatzanspruch materiellrechtlich bereits mit dem Wegfall des Gläubigerinteresses an der Hauptleistung entsteht, da schon durch diesen Umstand die Geltendmachung des Primäranspruches ausgeschlossen wird. Das Ablehnungsrecht betrifft insoweit lediglich

Nach einer Ansicht wird in den Fristsetzungsfällen nach Ablauf der Frist die Unmöglichkeit des primären Leistungsanspruchs fingiert ¹⁾. Nach anderer Ansicht soll ein Interessewegfall des Gläubigers i.S.d. §§286 Abs. 2, 280 Abs. 2 BGB fingiert werden ²⁾. Hat aber der Gesetzgeber den Primäranspruch in den Fällen ausgeschlossen, wo "Unmöglichkeit" oder "Interessewegfall" fingiert werden, so kann man hieraus nur den Schluß ziehen, daß der Primäranspruch auch dort ausgeschlossen ist, wo "Unmöglichkeit" und "Interessewegfall" tatsächlich vorliegen.

Die ursprünglich bestehende vollkommene Verbindlichkeit wandelt sich zu einer unvollkommenen Verbindlichkeit. Der Gläubiger kann die geschuldete Leistung nicht mehr verlangen bzw. einklagen. Der Schuldner kann nicht mehr deren Annahme verlangen. Der Schuldner kann aber, wenn er die Leistung doch noch erbracht hat, diese auch nicht mehr zurückfordern.

Untergliedert man nun den materiellen Anspruch mit Rimmelspacher ³⁾ in Rechtsposition und Rechtsbehelf, so verdeutlicht sich dies folgendermaßen: die nur relativ geschützte Rechtsposition bleibt durch die Leistungsstörung rechtlich unberührt. Der ursprünglich mit der Rechtsposition inhaltlich korrespondierende Rechtsbehelf wird dem Gläubiger aus tatsächlichen Gründen genommen. Ein Rechtsbehelf wird nämlich nur dort gewährt, wo ein aner kennenswertes Interesse an der Sicherung und Verwirklichung der Rechtsposition besteht ⁴⁾. Ein solches Interesse ist aber immer dann nicht vorhanden, wenn die Leistung unmöglich geworden ist oder der Gläubiger das Interesse an dieser Leistung verloren hat.

1) Staudinger/Werner, zu § 283, Anm. 1.

2) Romeick, S. 32.

3) A.a.O., S. 161 ff.

4) Rimmelspacher, S. 168.

Zur Realisierung seiner Rechtsposition kann und muß sich der Gläubiger nunmehr eines anderen Rechtsbehelfs bedienen. Nur im Hinblick auf das Entstehen des Sekundäranspruchs ist von einer inhaltlichen Veränderung der Rechtsposition zu sprechen. Die Rechtsposition mit dem ursprünglichen Inhalt bleibt insoweit verpflichtungslos daneben bestehen, mit der Folge, daß der Primäranspruch in seiner rechtlichen Qualität herabsinkt zu einer bloßen Naturalobligation.

Die Richtigkeit dieser Konstruktion gegenüber der h.M. wird deutlich, wenn man sich die Rechtswirkungen der Erfüllung vergegenwärtigt. Nach der h.M. von der Anspruchsidentität ergibt sich nämlich das Paradoxon, daß nur die Leistung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung sich als Erfüllung darstellen kann und das Schuldverhältnis erlöschen läßt.

Erbringt der Schuldner die Primärleistung und nimmt der Gläubiger diese an, obwohl der Primäranspruch "ausgeschlossen" ist, so muß die h.M. hier von einer Leistung an Erfüllungs Statt sprechen, obwohl genau der Leistungserfolg eingetreten ist, den die Parteien zum Inhalt eines Schuldverhältnisses gemacht hatten. Betrachtet man aber den Primäranspruch als verpflichtungslose Rechtsposition ähnlich der Naturalobligation, so erlischt das dem Primäranspruch zugrunde liegende Schuldverhältnis und die hieraus resultierende verpflichtungslose Rechtsposition durch Erfüllung. Nur bezüglich des sekundären Schadensersatzanspruches stellt sich die Annahme der Primärleistung als eine Annahme an Erfüllungs Statt dar, ebenso wie umgekehrt die Leistung des Schadensersatzes hinsichtlich des Primäranspruches an Erfüllungs Statt erfolgt.

2. Unterabschnitt

Das prozeßrechtliche Anspruchsverhältnis

Die materiellrechtliche Untersuchung hat bereits verdeutlicht, daß das eventuelle Anspruchsverhältnis nicht zum Gegenstand einer Klagenhäufung gemacht werden kann. Im folgenden wird sich zeigen, daß dieses Ergebnis auch unter prozeßrechtlichen Gesichtspunkten, also auch unter Zugrundelegung der rein prozessualen Streitgegenstandslehren seine Bestätigung findet.

Die Darstellung der Vielzahl der Meinungen, die zu der hier zu untersuchenden Klageverbindung vertreten werden ¹⁾, hat gezeigt, daß sich die Auffassungen vor allem auch im Hinblick auf die einzelnen Fälle der hier in Frage stehenden materiellen Anspruchsverhältnisse unterscheiden. Die materiellrechtliche Untersuchung hat demgegenüber ergeben, daß sämtliche Fälle der eigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz in ihrer rechtlichen Qualität und Struktur gleichgeartet sind. Es wurde festgestellt, daß die jeweils anderen gesetzlichen Voraussetzungen der Sekundäransprüche keine verschiedene Qualifizierung verlangen. Dementsprechend wurden sie auch einheitlich als Schutzansprüche bezeichnet, deren Anspruchsgrund immer in der Nichterfüllung der geschuldeten Leistung zu sehen ist. Diese materiellrechtliche Erkenntnis gestattet es, die Zulässigkeit der unechten Eventualklage für alle hier zugrundeliegenden Anspruchsverhältnisse gleichzeitig zu untersuchen.

1) Vgl. oben S. 20 ff.

1. § 260 ZPO als Rechtsgrundlage für die unechte Eventualklage

Da es an einer besonderen gesetzlichen Regelung für die unechte Eventualklage fehlt ¹⁾, kann sich deren Zulässigkeit nur aus der allgemeinen Vorschrift über die Klagenhäufung, aus § 260 ZPO ergeben:

"Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können, auch wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen, in einer Klage verbunden werden, wenn für sämtliche Ansprüche das Prozeßgericht zuständig und dieselbe Prozeßart zulässig ist."

Es unterliegt heute keinem Zweifel mehr, daß der Begriff des Anspruchs i.S.d. § 260 ZPO ein Begriff des Prozeßrechts und nicht ein Begriff des materiellen Rechts ist ²⁾. Insoweit gibt es heute nur noch prozeßrechtliche Theorien, die sich ihrerseits, wie gezeigt wurde, lediglich darin unterscheiden, ob der Streitgegenstandsbegriff völlig losgelöst vom materiellen Recht oder aber in Anlehnung an dieses bestimmt werden soll ³⁾.

2. Die Bedenken aus der Regelung des § 259 ZPO

Nach § 260 ZPO ist die Verbindung mehrerer prozessualer Ansprüche zu einer Klage nur dann zulässig, wenn jeder dieser Ansprüche auch für sich allein Gegenstand einer Klage sein könnte ⁴⁾. Es darf nämlich eine unzulässige Klage durch eine Klageverbindung niemals zu einer zulässigen Klage werden.

Die selbständige Zulässigkeit der Klage wegen des jeweiligen Primäranspruchs steht außer Frage.

1) Vgl. oben S. 11 ff.

2) Anders noch die Verfasser der Reichszivilprozeßordnung, vgl. Hahn/Stegemann, Materialien, S. 255, 257.

3) Vgl. oben S. 48 ff.

4) Gernsheim, S. 231 f; Klageverbindungen, die die Selbständigkeit nicht aufweisen, unterscheidet Behrendts zu Recht von der Klagehäufung und bezeichnet sie als Inzidentklagen. Gesetzliche Beispiele sind §§ 280, 255 ZPO.

Problematisch ist, ob eine Klage nach § 259 ZPO zulässig ist, der in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ein künftiger Anspruch i.S.d. hier erörterten Anspruchskonkurrenzen zugrundeliegt ¹⁾.

Die Vorschrift des § 259 ZPO lautet:

"Klage auf künftige Leistung kann außer in den Fällen der §§ 257, 258 erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde."

Diese Regelung ist die "clausula generalis" des Prozeßschutzes für künftiges Recht ²⁾, deren Grenzen durch Auslegung zu ermitteln sind.

2.1. Die Grenzen der Rechtsschutzfähigkeit nach § 259 ZPO

Es ist heute allgemein anerkannt, daß die Gewährung von Prozeßrechtsschutz und dessen Ausgestaltung im einzelnen nicht alleine von der Qualifizierung des zu schützenden Tatbestandes als subjektives Recht abhängt. Es gehört zwar zu der Hauptaufgabe des Prozesses, der Privatrechtsordnung zu dienen, indem er den privatrechtlichen Interesseausgleich vermittelt; denn die Privatrechtsordnung könnte keinen Bestand haben, wenn ihr nicht ein fest geregelter Schutz zur Durchsetzung von Rechten zur Verfügung stehen würde. Die Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems ist aber auch in großem Maße von Rücksichten öffentlichrechtlicher Natur beeinflusst, die u.a. in der Förderung des Gemeinwohls und der Sicherung des Rechtsfriedens zu sehen sind ³⁾.

-
- 1) Hierbei muß die Besonderheit des § 283 BGB außer Betracht gelassen werden, die darin besteht, daß es für die Entstehung des Sekundäranspruchs immer einer Verurteilung wegen des Primäranspruchs bedarf.
 - 2) Hellwig, Anspruch ..., S. 390; Lent/Jauernig, Zivil-Prozeßrecht S. 106 II, 4; Klaholt, GruchBeitr. 58, S. 788.
 - 3) Moos, S. 21.

Die Frage nach der Rechtsschutzfähigkeit ¹⁾ eines mit einer Klage geltend gemachten Anspruchs auf künftige Leistung muß sich mithin gleichermaßen nach Prozeßrecht und nach materiellem Recht beantworten.

Die Vorschrift des § 259 ZPO selbst knüpft an das materielle Recht an. Wenn es dort ganz allgemein heißt, daß auf "künftige Leistung" gegen den "Schuldner" geklagt werden kann, so ergibt sich hieraus, daß zwischen den Prozeßparteien bereits materielle Rechtsbeziehungen bestehen müssen ²⁾. Schon vom Wortlaut her verbietet sich deshalb eine Klage auf künftige Schadensersatzleistung nach § 259 ZPO, wenn der Kläger diese z.B. damit begründet, daß ihn jemand ganz konkret mit einer Körperverletzung oder einer Sachbeschädigung bedroht ³⁾. Aus dem Wortlaut des § 259 ZPO ergibt sich allerdings nichts für die Frage, von welcher rechtlichen Qualität diese Rechtsbeziehungen sein müssen; daß sie sowohl rechtsgeschäftlicher wie gesetzlicher Natur sein können, versteht sich von selbst.

Die Beantwortung dieser Frage findet sich in den Normen der ZPO. Die Korrespondenz des vorläufigen mit dem endgültigen Rechtsschutz ⁴⁾ erlaubt und gebietet es, zur Ermittlung des Umfangs des durch § 259 ZPO gewährten Rechtsschutzes die Vorschrift des § 916 Abs. 2 ZPO mit heranzuziehen.

1) Zur Notwendigkeit der Differenzierung zwischen Rechtsschutzfähigkeit und Rechtsschutzbedürftigkeit vgl. Ullmann, Sicherung künftiger Ansprüche, S. 6 und Stein, Voraussetzungen, S. 15 ff.

2) Moos, S. 28f.

3) Klaholt, GruchB. 58, S. 789.

4) Diese wird von Ullmann, S. 6 ff nachgewiesen.

Im Hinblick auf diese Regelung ist die Möglichkeit einer negativen Abgrenzung gegeben. Die Rechtsschutzfähigkeit eines mit der Klage nach § 259 ZPO geltend gemachten Anspruchs ist hiernach immer dann zu verneinen, wenn der Anspruch "wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat" ¹⁾.

Ein gegenwärtiger Vermögenswert kann bei einer rechtsgeschäftlichen Beziehung immer dann angenommen werden, wenn der künftig Verpflichtete an seine inhaltlich festgelegte, rechtsgeschäftliche Erklärung gebunden ist, so wie auch der aus einem bedingten Rechtsgeschäft Verpflichtete ²⁾. Im Hinblick auf die vollstreckungsrechtliche Vorschrift des § 726 ZPO muß der Kläger dabei die Behauptungs- und Beweislast für die Tatsachen tragen, auf Grund derer der künftige Anspruch entsteht ³⁾.

Entsprechend der Willensgebundenheit des aus Rechtsgeschäft künftig Verpflichteten kommt einer Klage auf künftige Leistung, der ein gesetzlicher Anspruch zugrundeliegt, ein gegenwärtiger Vermögenswert dann zu, wenn der künftig Verpflichtete keine rechtliche oder tatsächliche Möglichkeit hat, die Rechtsfolge des gesetzlichen Tatbestandes zu beeinflussen ⁴⁾. Auch hier muß den Kläger die Beweislast für die Verwirklichung des noch fehlenden Tatbestandsmerkmals treffen ⁵⁾.

1) Moos, S. 35; Klaholt, S. 789; Hellwig, Anspruch .. S. 384; demgegenüber meint Müller, GruchB. 57, 816 hier immer nur das Rechtsschutzbedürfnis verneinen zu können; i.d.S. wohl auch Josef in JW 1910, 920.

2) Vgl. Ullmann, S. 50; zu einzelnen Beispielen S. 35 ff.

3) In diesem Punkt stimmen Weiß, S. 23 und Ullmann, S. 50 überein. Im übrigen ist die begriffliche Eingrenzung durch Weiß nicht bestimmt genug, wenn er als Voraussetzung für § 259 ZPO nur verlangt, daß "wenigstens eine teilweise Rechtsanwendung der für die begehrte Rechtsfolge in Betracht kommenden Rechtssätze möglich ist".

4) Ullmann, S. 60.

5) Weiß, S. 23.

2.2. Die mangelnde Rechtsschutzfähigkeit der eigentlichen eventuellen Sekundäransprüche

2.3.1. Nach den gewonnenen Abgrenzungskriterien

Oben ¹⁾ wurde dargestellt, warum die vorliegenden Sekundäransprüche nicht als künftige Ansprüche aus einem gegenwärtigen Rechtsverhältnis zu qualifizieren sind ²⁾, sondern als künftige Ansprüche, die aus einem zukünftigen Rechtsverhältnis entstehen können ³⁾.

Das zukünftige Rechtsverhältnis ist hier in den jeweils künftigen gesetzlichen Leistungsstörungen zu sehen. Diesen künftigen Ansprüchen kommt ein zukünftiger Vermögenswert nicht zu. Der Gläubiger hat weder die rechtliche noch die tatsächliche Möglichkeit, die gewünschte Rechtsfolge kraft eigenen Willens herbeizuführen. Es liegt ganz allein in der Hand der auf die künftige Leistung verklagten Partei, ob sie diesen Anspruch entstehen lassen will oder nicht. Allein von deren Willen hängt es ab, ob sie den Primäranspruch erfüllen will oder nicht. Tut sie dies, so kann der künftige Sekundäranspruch niemals entstehen. Insoweit wird dem Kläger lediglich eine vage Hoffnung auf den Erwerb eines Anspruchs gegeben, der keine Rechtsschutzfähigkeit zukommt. Das Fehlen eines gegenwärtigen Vermögenswertes ergibt sich aber insbesondere auch daraus, daß die künftigen Ansprüche nicht verkehrsfähig sind.

1) S. 60 ff.

2) Gruppe 2 der Einteilung von Hahnzog.

3) Gruppe 3 der Einteilung von Hahnzog.

Ein eigener Vermögenswert wäre ihnen nur zuzubilligen, wenn sie Gegenstand rechtlicher oder wirtschaftlicher Dispositionen sein könnten. Oben ¹⁾ wurde jedoch nachgewiesen, daß sie niemals als Gegenstand des Rechtsverkehrs in Frage kommen.

Neben dieser mangelnden Rechtsqualität im materiellen und prozessualen Bereich fehlt es auch an der mehr formellen Voraussetzung, daß die noch nicht verwirklichten Teile des jeweiligen gesetzlichen Tatbestands wegen § 726 ZPO vom Gläubiger zu beweisen sind. Die Voraussetzung für das Entstehen der Sekundäransprüche ist - wie oben ²⁾ gezeigt wurde - immer die schuldhafte Nichterfüllung durch den Verpflichteten. Der Gläubiger muß aber weder die Nichterfüllung des Primäranspruchs noch das hierauf bezogene Verschulden beweisen. Die Beweislast trifft hier immer den Schuldner ³⁾. Dies ergibt sich hinsichtlich der Erfüllung des Primäranspruchs ausdrücklich aus den Regelungen der Fristsetzungsfälle (vgl. z.B. §§ 283, 326 Abs. 1 BGB), wenn es dort heißt:

"nach dem Ablauf der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird."

1) Vgl. S. 67 ff.

2) Vgl. S. 64 ff.

3) So ist doch gerade die Regelung des § 283 BGB unter dem Aspekt eingeführt worden, dem Gläubiger die Schwierigkeiten zu ersparen, die mit dem Nachweis der Leistungsunmöglichkeit bis dahin verbunden waren, vgl. Meincke in AcP 1971, S. 23.

2.2.2. Die Bestätigung des Ergebnisses durch die
Regelung des § 916 Abs. 1 und 2 ZPO

Das gewonnene Ergebnis von der mangelnden Rechtsschutzzfähigkeit der künftigen Sekundäransprüche nach § 259 ZPO wird durch die ZPO auch positivrechtlich bestätigt.

In § 916 Abs. 1 ZPO hat der Gesetzgeber den vorläufigen Rechtsschutz im Wege des Arrests für gegenwärtig bestehende Ansprüche geregelt. In § 916 Abs. 2 ZPO hat er die Regelung für den vorläufigen Rechtsschutz künftiger Ansprüche getroffen ¹⁾. Die Regelung des § 916 Abs. 1 ZPO lautet:

"Der Arrest findet ... wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs statt, der in eine Geldforderung übergehen kann."

Die Ansprüche, die in Geld übergehen können, sind die Primäransprüche dieser hier untersuchten eventuellen Anspruchsverhältnisse. Mit den Geldforderungen sind u.a. auch die hier in Frage stehenden Sekundäransprüche gemeint. Wäre nun der Gesetzgeber der Auffassung gewesen, daß es sich bei den Geldforderungen immer dann, wenn der jeweilige Primäranspruch als gegenwärtiger noch besteht, um zukünftige Ansprüche i.S.d. § 916 Abs. 2 bzw. § 259 ZPO handelt, wäre ihre ausdrückliche Aufzählung in § 916 Abs. 1 ZPO überflüssig.

1) Zur Gleichartigkeit der Voraussetzungen zwischen vorläufigem und endgültigem Prozeßrechtsschutz künftiger Rechte vgl. oben, S. 90 Anm. 4.

2.3. Das besondere Rechtsschutzbedürfnis des
§ 259 ZPO

Das besondere Rechtsschutzbedürfnis ist gem. § 259 ZPO darin zu sehen, daß den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen. Da ein Rechtsschutzbedürfnis sich immer nur auf einen rechtsschutzfähigen Anspruch beziehen kann, ist dessen Nichtvorliegen inzidenter bereits mit Verneinung der Rechtsschutzfähigkeit festgestellt worden. Um jedoch jedem Zweifel zu begegnen, soll hier noch gezeigt werden, daß auch im Hinblick auf die Klageverbindung von Primär- und Sekundäranspruch ein Rechtsschutzbedürfnis des Klägers i.S.d. § 259 ZPO niemals festgestellt werden kann.

Vorauszuschicken ist, daß die "Besorgnis der Nichterfüllung" i.S.d. § 259 ZPO sich immer auf den künftigen Sekundäranspruch beziehen muß. Ein ernstliches Bestreiten der primären Leistungspflicht durch den Schuldner kann die Besorgnis der Nichterfüllung des künftigen Sekundäranspruchs nicht begründen ¹⁾. Nur ein ernstliches Bestreiten des künftigen Anspruchs selbst begründet die Besorgnis, daß sich der Schuldner der rechtzeitigen Leistung hieraus entziehen werde ²⁾.

Nun wird aber mit Recht jeder Schuldner, der auf die Primärleistung in Anspruch genommen wird, das Bestehen des künftigen Sekundäranspruchs verneinen und klar zum Ausdruck bringen, daß er diesen niemals erfüllen werde, weil er im Falle einer Verurteilung ja die Leistung aus dem Primäranspruch zu erbringen habe ³⁾.

1) Anders wohl die Ansicht von Bunte, JuS 1967, S. 207.
2) BGHZ 5, 342; konkret für diesen Fall Josef, JW 1910, S. 56.

3) Anders wird sich zwangsläufig nur der Schuldner verhalten, dem die Primärleistung unmöglich geworden ist. In diesem Falle würde aber immer um das Vorliegen eines gegenwärtigen Sekundäranspruches gestritten, vgl. S. 22 ff.

So gewiß wie hier die Besorgnis der Nichterfüllung ist, so sicher ist auf der anderen Seite, daß der künftige Sekundäranspruch niemals als gegenwärtiger Anspruch entstehen wird. Nach welchen Kriterien sollte aber nun ermittelt werden, daß der Schuldner, wenn er zur Primärleistung verurteilt wird, diese nicht erbringen werde und er darüberhinaus auch nicht die Absicht habe, den dann entstehenden Sekundäranspruch rechtzeitig zu erfüllen.

Von dem seltenen Ausnahmefall des böswilligen Schuldners, der grundsätzlich nur im Wege der Zwangsvollstreckung "leistet", abgesehen, läßt sich mithin ein Rechtsschutzbedürfnis i.S.d. § 259 ZPO niemals positiv feststellen.

3. Die Bedenken aus dem Verhältnis von Primär- und Sekundäranspruch

Ergibt sich die Unzulässigkeit der Klagenhäufung schon aus dem Fehlen der Voraussetzungen nach § 259 ZPO, so könnten wir uns mit diesem Ergebnis begnügen.

Im folgenden soll jedoch gezeigt werden, daß sich die Unzulässigkeit der Klagenhäufung ebenso zwingend aus dem Verhältnis von Primär- und Sekundäranspruch ergibt.

3.1. Keine kumulative Klagenhäufung

Der Grundfall der objektiven Klagenhäufung nach § 260 ZPO ist die Kumulierung von Ansprüchen auf Leistung. Mit der Klage auf Verurteilung zu mehreren Leistungen führt der Kläger mehrere Streitgegenstände in den Prozeß ein und verlangt die Entscheidung über jeden von ihnen.

Läßt man die Anspruchslehre von Rimmelspacher einmal außer Betracht, so ist hier sowohl nach dem eingliedrigen als auch nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff alleine auf Grund der inhaltlich verschiedenen Klageanträge von dem Vorliegen zweier Streitgegenstände auszugehen. Wenn man weiter darauf abstellt, daß es dem Kläger darum geht, auch eine Entscheidung über jeden der geltend gemachten Ansprüche zu erhalten, so liegt es nahe, eine kumulative Klagenhäufung zu bejahen. Fraglich ist jedoch, ob das der Klage zugrundeliegende materielle Anspruchsverhältnis eine kumulative Klagenhäufung zuläßt.

Unabhängig von dem Streit, was jeweils Entscheidungsgegenstand ist, das materielle Recht ¹⁾ oder ausschließlich der prozessuale Anspruch ²⁾, dürfte eines als unbestritten gelten: Der Kläger kann mit Hilfe des Gerichts niemals mehr erreichen, als ihm das materielle Recht gegenüber dem Beklagten gewährt.

Materiellrechtlich kann der Gläubiger vom Schuldner nur entweder die Primärleistung oder die künftige Sekundärleistung verlangen, niemals jedoch beide Ansprüche zusammen nebeneinander. Wäre dem künftigen Sekundäranspruch materiellrechtlich und prozessual neben dem Primäranspruch eine selbständige Existenzberechtigung zuzubilligen ³⁾, so könnte hieraus nicht gleichzeitig gefolgert werden, daß der Gläubiger auch berechtigt ist, den Primäranspruch und gleichzeitig den künftigen Sekundäranspruch geltend zu machen.

1) Dafür: Rosenberg, § 150 Anm. I, 1; Nikisch, LB, § 106, Anm. III, 2; Lent Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand; ZZP 72, S. 87; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 322 Anm. 5.

2) Dafür: Schwab, Der Streitgegenstand ... S. 139.

3) Daß weder das eine noch das andere der Fall ist, wurde oben S. 67 ff u. S. 92ff nachgewiesen.

Besonders deutlich wird dies, wenn man einmal unterstellt, der Gesetzgeber hätte, was gesetzestechnisch durchaus denkbar wäre, dem Gläubiger eines fälligen Leistungsanspruchs immer alternativ bzw. elektiv einen fälligen Schadensersatzanspruch zugeordnet. Niemand würde hier auf den Gedanken verfallen, eine kumulative Klagenhäufung zuzulassen. In Frage käme hier nur entsprechend dem materiellen Anspruchsverhältnis eine alternative Klageverbindung ¹⁾.

Soweit überwiegend die Auffassung vertreten wird ²⁾, daß ungeachtet des materiellrechtlichen alternativen Anspruchsverhältnisses eine kumulative Klagenhäufung zulässig sei, wird hierbei übersehen, daß das Prozeßrecht Diener des materiellen Rechts ist und sich nicht zu dessen Herrn aufschwingen darf ³⁾, indem es mehr gewährt als das materielle Recht selbst.

Es mögen Ausnahmen von diesem Grundsatz denkbar sein, die z.B. ihre Berechtigung dem verfahrensrechtlichen Prinzip der Prozeßökonomie entnehmen könnten ⁴⁾. Solche Ausnahmen können aber nur zugelassen werden, wenn sie nicht gleichzeitig eine Verschlechterung der prozessualen Rechtsstellung des Beklagten mit sich bringen. Der Frage, ob die Zulassung der unechten Eventualklage als kumulative Klagenhäufung überhaupt ein Gebot der Prozeßökonomie ist, braucht wegen der für den Beklagten hiermit verbundenen Rechtsnachteile nicht weiter nachgegangen werden.

1) Vgl. RGZ 87, 237; Behrends, S. 64

2) Vgl. oben S. 16 f.

3) Simshäuser, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht, S. 150 f; Pohle, Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, S. 212.

4) Zu Umfang und Grenzen der Prozeßökonomie vgl. Schmidt, Der Zweck des Prozesses und seine Ökonomie.

Gewiß ist es nicht zu bestreiten, daß die Tenorierungen immer der materiellrechtlichen Dependenz des jeweils zugrunde liegenden eventuellen Anspruchsverhältnisses entsprechen ¹⁾. Dies schließt aber selbst vollstreckungsrechtliche Nachteile für den Schuldner nicht aus. So hat der Gläubiger trotz der Erfüllung des Primäranspruchs durch den Schuldner z.B. nach Fristablauf einen vollstreckungsfähigen Titel über den Sekundäranspruch, obwohl dieser zu keinem Zeitpunkt begründet war. Aus diesem Titel kann der Gläubiger gegen den Schuldner vorgehen, der sich seinerseits hiergegen nur mit der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) zur Wehr setzen kann. Neben diesem Rechtsnachteil, den der Schuldner in seiner Rechtsstellung im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens erfährt, ist auch die Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung im Erkenntnisverfahren erheblich. Dies wird deutlich, wenn man sich das Folgende vor Augen hält:

Der Schuldner kann einer Klage aus einem fälligen Anspruch dadurch entgehen, daß er die geschuldete Leistung erbringt. Der Schuldner eines künftigen Anspruchs kann einer Klage auf künftige Leistung nach § 259 ZPO dadurch entgehen, daß er seine Leistungspflicht anerkennt.

Wenn nun der Gläubiger materiell nur den fälligen oder den künftigen Anspruch vom Schuldner verlangen kann, so muß z.B. der Schuldner durch die Anerkennung des künftigen Anspruchs auch die Klage wegen des fälligen Anspruches vermeiden können, ebenso wie er durch die Erfüllung des primären Anspruches die Klage aus dem künftigen vermeiden kann.

1) Vgl. oben S. 18 f.

Dies wird ihm jedoch schon alleine deshalb nicht zugebilligt, weil der Gläubiger ihn vor dem Prozeß niemals wegen der künftigen Leistung, sondern immer nur auf die fällige Leistung ansprechen wird.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß der Primär- und der Sekundäranspruch prozessual niemals in der Form einer kumulativen Klagenhäufung in Erscheinung treten können.

3.2. Die Unzulässigkeit der alternativen Klagenhäufung

Dem materiellrechtlichen Verhältnis von Primär- und Sekundäranspruch würde es entsprechen, wenn der Kläger die primär geschuldete Leistung ein- klagt oder wahlweise den künftigen Sekundäranspruch geltend macht. Ebenso wie es dem materiellen Recht genügt, wenn z.B. auf Wandlung oder Minderung geklagt würde.

Bei der alternativen Klagenhäufung haben wir die alternative Klagengegenstandshäufung von der alternativen Klagengrundshäufung zu unterscheiden ¹⁾. Bestehen über die Zulässigkeit und die Voraussetzungen der alternativen Klagengrundshäufung heute noch erhebliche Meinungsverschiedenheiten ²⁾, so kann die alternative Klagengegenstandshäufung demgegenüber als geklärt angesehen werden.

1) Hierzu Behrends, S. 32 ff und 41 ff.

2) Einen umfassenden Überblick über den Meinungsstand vermittelt Rimmelspacher, S. 335. Er selbst behandelt nur die alternative Klagengrundshäufung.

In dem zu untersuchenden Fall handelt es sich um die unproblematische alternative Klagengegenstandshäufung. Bei ihr sind für die Frage der Zulässigkeit zwei Möglichkeiten zu unterscheiden. Im einen Fall gibt der Kläger dem Gericht anheim, über einen von mehreren Streitgegenständen ¹⁾ zu entscheiden. Das Paradebeispiel hierfür ist die Klage des Käufers auf "Wandlung oder Minderung" ²⁾. Diese alternative Klagenhäufung ist unzulässig. Dem Begehren fehlt es an der gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erforderlichen Bestimmtheit, weil der Kläger keine Entscheidung getroffen hat, worüber gestritten werden soll ³⁾. Von dieser rechtlichen Beurteilung abgesehen, würde eine solche Alternativstellung dem Interesse des Gläubigers, über Primär- und Sekundäranspruch gleichzeitig einen Titel zu erhalten, nicht entsprechen.

Im anderen Fall geht die Klage auf Verurteilung zur "Leistung nach Wahl des Beklagten" ⁴⁾. Diese alternative Klagenhäufung wird als notwendige Folge des materiellen Rechts allgemein zugelassen, bei der Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners sowie bei der facultas alternativa des Schuldners ⁵⁾.

-
- 1) Nach Rimmelspacher verbietet sich auch diese Klagenhäufung, weil nur ein Streitgegenstand vorliegt, vgl. S. 100.
 - 2) Siehe bei Blomeyer, Zivilprozeßrecht, S. 215.
 - 3) Stein/Jonas, § 260 Anm. II B 1; Behrends, a.a.O. S. 34.
 - 4) Blomeyer, Zivilprozeßrecht, S. 215; Eine Sonderstellung nimmt hier die Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers ein. Weil dieser sein Wahlrecht nicht vor dem Prozeß auszuüben braucht (Argument aus § 264 Abs. 1 BGB), kann er beide Leistungen einklagen. Eine Vollstreckung ist aber auch hier nur wegen einer Leistung möglich (vgl. § 263 BGB). Von manchen Autoren wird das Vorliegen einer alternativen Klagenhäufung mit dem Hinweis darauf verneint, daß es sich hier nur um einen Anspruch handelt, mit zunächst unbestimmtem Inhalt, vgl. Nikisch in AcP 154, 287.
 - 5) RGZ 126, 196 (215); Wieczorek § 253 Anm. G III a 4; Stein/Jonas, § 253, Anm. III 2 a.

Das hier in Frage stehende eventuelle Anspruchsverhältnis gibt dem Schuldner kein Wahlrecht zwischen der Erfüllung des Primäranspruchs und der Erfüllung des sekundären Schadensersatzanspruchs. Ein solches Wahlrecht hätte der Schuldner nur dann, wenn der Gläubiger auf die Vollstreckbarkeit des Primäranspruchs verzichten würde ¹⁾.

Diesen Verzicht leistet der Gläubiger, der nach § 510 b ZPO vorgeht, denn im Rahmen dieses Verfahrens wird die Zwangsvollstreckung wegen des Primäranspruchs gem. § 888 a ZPO ausgeschlossen. Der Schuldner kann also nach der Verurteilung bis zum Fristablauf wählen, ob er den Primäranspruch oder den Sekundäranspruch erfüllen will ²⁾.

Aus dem materiellen Recht ergeben sich keine Bedenken gegen eine Klagenhäufung, die mit einem solchen Verzicht des Gläubigers verbunden ist. Bedenken hiergegen bestehen jedoch im Hinblick auf die einschränkende Regelung des § 510 b ZPO selbst. Der Gesetzgeber erachtete es für zweckmäßig, unter der Voraussetzung, daß der Primäranspruch auf die Vornahme einer Handlung gerichtet ist und die Klage in den Zuständigkeitsbereich des Amtsgerichts fällt, dem Richter die Möglichkeit zu geben, den Beklagten wegen der Primär- und Sekundärleistung zugleich zu verurteilen. Dabei war die Regelung des § 888 a ZPO notwendig, um materielles Recht und Prozeßrecht in Übereinstimmung zu bringen.

1) Daß eine solche Klagenhäufung nur für den Gläubiger in Frage kommen kann, der kein Interesse an der Realisierung der Primärleistung hat, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

2) Diese Lösung wird von Eccius, GruchB. 47, S. 152 und von Pünder in ZZP 41, S. 53 vertreten.

Aus der Existenz des § 510 b ZPO ist der Schluß zu ziehen, daß darüberhinaus die unechte Eventualklage i.S.d. Verurteilung zur Leistung nach Wahl des Beklagten nicht zulässig ist. Wenn dieses argumentum e contrario aus § 510 b ZPO bisher nicht gezogen wurde, so geschah dies immer mit dem Hinweis darauf, daß die Klageverbindung auch schon vor Einführung des § 510 b ZPO zulässig gewesen sei, da allerdings nur unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO. Die Regelung des § 510 b ZPO habe insoweit lediglich eine Erweiterung des bestehenden Rechtszustands gebracht, als sie nicht das besondere Rechtsschutzbedürfnis des § 259 ZPO verlange ¹⁾.

Diese Behauptung wurde oben (S. 88ff) untersucht. Dabei wurde festgestellt, daß die Zulässigkeit der unechten Eventualklage nicht mit § 259 ZPO begründet werden kann, womit sich die Unzulässigkeit dieser alternativen Klagenverbindung auch aus der einschränkenden Vorschrift des § 510 b ZPO ergibt.

1) Vgl. Bunte, JuS 67, S. 207; Klaholt in GruchB. 58, S. 791; Pünder in ZZP, 41, S. 57.

5. Abschnitt

Die uneigentliche eventuelle Anspruchskonkurrenz im materiellen Recht und im Prozeß

1. Unterabschnitt

Das materiellrechtliche Anspruchsverhältnis

1. Die elektive Konkurrenz von Primäranspruch und Gestaltungsrecht.

Die Gemeinsamkeit sämtlicher Fälle dieser eventuellen Anspruchskonkurrenz ¹⁾ liegt darin, daß neben dem Primäranspruch ein privates Gestaltungsrecht steht, das als die Macht zur Veränderung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft zu definieren ist ²⁾. Es handelt sich, soweit man auf das Verhältnis des Primäranspruches zum Gestaltungsrecht abstellt, um einen Unterfall der alternativen Gläubigerberechtigung, die Erler in Unterscheidung zur elektiven Anspruchskonkurrenz als "elektive Konkurrenz" bezeichnet ³⁾. Soweit man auf das Verhältnis des Primäranspruches zu dem durch die Gestaltung entstehenden Anspruch abstellt, liegt ein eventuelles Anspruchsverhältnis in unserem Sinne vor.

Das mit dem Primäranspruch konkurrierende Gestaltungsrecht kann dem Gläubiger einmal die Befugnis verleihen, auf das zwischen ihm und dem Schuldner bestehende Rechtsverhältnis einzuwirken, um einen anderen Anspruch — anstelle des primären — zu begründen; hier ist das Erlöschen des Primäranspruches lediglich eine notwendige Folge ⁴⁾. Es kann aber auch nur darauf abzielen, ein Rechtsverhältnis mit den daraus resultierenden Ansprüchen zu vernichten; hier ist das Entstehen eines Sekundäranspruches eine mögliche Folge ⁵⁾.

1) Weiß, S. 3, nennt sie "Fälle der konstitutiven Willenserklärung", wobei er diesen Fällen trotz des Unterschiedes die Fristsetzungsfälle zuordnet.

2) Vgl. Seckel, Die Gestaltungsrecht des bürgerlichen Rechts, S. 210.

3) Vgl. zu dieser Terminologie Erler, S. 60.

4) Seckel, S. 212 spricht hier von einem "Änderungsrecht".

5) Hier ist das Gestaltungsrecht nach Seckel a.a.O. ein "(Aufhebungs)-Vernichtungsrecht".

1.1. Die facultas alternativa des Gläubigers

Die erste Alternative findet sich in der Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers (facultas alternativa). Bei dieser ist dem Gläubiger rechtsgeschäftlich oder kraft Gesetzes ¹⁾ das Recht eingeräumt, "statt" der primären Leistung eine sekundäre Leistung zu verlangen.

Die facultas alternativa ²⁾ des Gläubigers ist abzugrenzen zum einen von der elektiven Anspruchskonkurrenz ³⁾, zum anderen von der Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers. Im Gegensatz zur Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers, die sich rechtlich als ein Anspruch auf mehrere sich ausschließende Leistungen darstellt ⁴⁾, liegt bei der facultas alternativa des Gläubigers ein Anspruch auf nur eine bestimmte Leistung vor. Ist der Anspruch aus einem Wahlschuldverhältnis erst nach Ausübung des Wahlrechts inhaltlich bestimmt, so ist er bei der Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers von vornherein inhaltlich festgelegt; die Ersetzungsbefugnis gibt dem Gläubiger lediglich die rechtliche Möglichkeit, diesen inhaltlich festgelegten Anspruch durch die Ausübung des Gestaltungsrechts durch einen anderen Anspruch ⁵⁾ zu ersetzen.

- 1) Gesetzliche Fälle einer facultas alternativa des Gl. nach h.M. z.B. §§ 340, 249 S. 2, 635 i.V.m. 634, BGB, vgl. Staudinger, Vorbem. zu § 262, Anm. 12.
- 2) Dazu, daß hierzu nicht die Fristsetzungsfälle zu zählen sind, mit Recht Gernsheim, S. 24, 124 Anm. 88; 232 Anm. 141 gegen Chamizier a.a.O., S. 82, Hellwig, Anspruch, S. 103, Pescatore, a.a.O., S. 263.
- 3) Staudinger, Vorbem. 11 zu § 262 hält das Institut der Ersetzungsbefugnis für entbehrlich, da die Möglichkeit bestünde, die infrage kommenden Fälle zur elektiven Anspruchskonkurrenz zu zählen.
- 4) Erler, S. 19.
- 5) Gernsheim, a.a.O., S. 47 f. Seine Auffassung kann heute als die herrschende angesehen werden, vgl. Erler, S. 39 m.w.Nw. Konstruktiv anders allerdings Erler selbst (S. 44). Nach ihm wird nicht ein Anspruch durch einen anderen ersetzt, sondern nur der Anspruchsinhalt des identisch bleibenden Anspruchs. Gegen diese Qualifizierung spricht schon alleine die Tatsache, daß auch schon der zukünftige Sekundäranspruch neben dem Primäranspruch selbständigen Rechtsschutz genießt entsprechend § 160 BGB, vgl. Gernsheim, S. 215; Weiß, S. 7 f.

Nach der Ersetzung ist es dem Gläubiger verwehrt, auf den ursprünglichen Anspruch zurückzugreifen; ein *ius variandi* besteht nicht und wäre auch mit der Qualifizierung der Ersetzungsbefugnis als einem Gestaltungsrecht unvereinbar ¹⁾.

Gegenüber der elektiven Anspruchskonkurrenz ²⁾ unterscheidet sich die *facultas alternativa* des Gläubigers dadurch, daß bei ihr zwei Ansprüche verschiedenen Inhalts konkurrieren, während bei der *facultas alternativa* immer ein Anspruch und ein Gestaltungsrecht konkurrieren.

1.2. Die Aufhebungs- und Vernichtungsrechte

Zur zweiten Alternative, bei der die neben einem Anspruch bestehenden Gestaltungsrechte auf die Vernichtung bzw. Aufhebung von Rechtsverhältnissen abzielen, gehören:

- a) Die Fälle des Rücktritts, sei es, daß das Rücktrittsrecht vertraglich eingeräumt ist oder gesetzlich besteht (vgl. §§ 325, 326 BGB).
- b) Die Fälle der Kündigung.
- c) Die Fälle der Anfechtung.

1) Überzeugend Gernsheim, S. 102 ff gegen Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 195 Fn. 1; A.A. Blomeyer, Schuldrecht, S. 50, er sieht die Ersetzungsbefugnis nicht als Gestaltungsrecht an.

2) Den geläufigsten Fall einer elektiven Anspruchskonkurrenz finden wir in den Ansprüchen auf Wandlung oder Minderung.

2. Rechtsqualität und wirtschaftliche Funktion der Gestaltungsrechte

Sämtliche Gestaltungsrechte der uneigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz sind unselbständig insoweit, als sie lediglich einem Hauptrecht zu dienen bestimmt sind. Sie können daher nach allgemeiner Ansicht nicht isoliert an Dritte, sondern nur an den Zessionar des Hauptrechts übertragen werden, soweit sie nicht sogar ohne besondere Abtretung mit dem Hauptrecht auf den Zessionar übergehen. Ohne besonderen Übertragungsakt geht die Ersetzungsbefugnis mit dem Hauptrecht über ¹⁾. Demgegenüber bleiben das neben dem Primäranspruch bestehende Rücktritts-, Kündigungs- und Anfechtungsrecht beim vertragsbeteiligten Zedenten. Diese Gestaltungsrechte können nur im Rahmen einer Vertragsübernahme im Einverständnis mit dem Schuldner übertragen werden ²⁾. Setzt man das Gestaltungsrecht in Verhältnis zum Primäranspruch, so wird deutlich, daß notwendigerweise ein solcher nur bei dem Änderungsrecht der Ersetzungsbefugnis bestehen muß. Die Aufhebungs- und Vernichtungsrechte können dagegen ohne einen Primäranspruch des Gläubigers bestehen. So ist es z.B. nicht Voraussetzung für das Bestehen eines Rücktrittsrechts nach § 326 I BGB, daß tatsächlich auch ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung besteht. Insoweit kann die Ersetzungsbefugnis als unselbständiges, das Aufhebungs- und Vernichtungsrecht als selbständiges Gestaltungsrecht bezeichnet werden ³⁾.

1) Palandt-Heinrichs, § 413 Anm. 1c; Staudinger-Werner, § 413 Anm. II, 2b; Soergel-Schmidt, § 402, Anm. 1; Oertmann, § 399 Anm. 1 g; Gernsheim, S. 27.

2) Für das Rücktrittsrecht vgl. Esser I, S. 407; Pieper, Vertragsübernahme. S. 167; Planck/Siber, § 399 Anm. 1b; Siber, Schuldrecht, S. 142; v. Tuhr, Allgem. T. I, S. 226; Seetzen in AcP 69, 365; A.A. BGB-RGRK-Löschner, § 398, Anm. 16; RGZ 55, 402, 404; Staudinger/Werner, § 401, Anm. IV, 2 § 413, Anm. II, 3b; wonach jeweils der Zessionar mit Einwilligung des Zedenten zurücktreten können soll. Entsprechend für die anderen Gestaltungsrechte vgl., Esser, I, S. 407; Pieper, S. 167.

3) Vgl. Weiß, S. 5; allerdings nicht ganz konsequent insoweit, als er das vertragl. RücktrR. als unselbständig, das gesetzliche als selbständig bezeichnet.

Ebenso wie trotz der gleichen konstruktiven Verhältnisse zwischen dem bestehenden und dem durch die Ausübung der verschiedenen Gestaltungsrechte entstehenden neuen Anspruch eine unterschiedliche Rechtsqualität der Gestaltungsrechte festzustellen ist, sind diese auch hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Bedeutung zu differenzieren.

Im Falle der Ersetzungsbefugnis übernimmt der neu entstehende Anspruch immer die Befriedigungsfunktion des primären Anspruchs. Sein wirtschaftlicher Wert unter Zugrundelegung des Gläubigerinteresses entspricht immer dem des primären Anspruchs, den er ersetzen soll. Hinsichtlich dieser wirtschaftlichen Ersetzungsfunktion besteht und erschöpft sich zugleich die Parallelität zu den Sekundäransprüchen der eigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz ¹⁾. Demgegenüber hat der durch Ausübung der Aufhebungs- und Vernichtungsrechte entstehende Anspruch nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich eine selbständige Bedeutung gegenüber dem Primäranspruch ²⁾. Der Sekundäranspruch, der hier nur eine mögliche Folge der Ausübung des Gestaltungsrechts ist, dient nicht der unmittelbaren oder ersatzweisen Befriedigung des Gläubigers nach Maßgabe des begründeten Schuldverhältnisses, sondern hat lediglich die Aufgabe, dazu beizutragen, daß der ursprüngliche Zustand zwischen Gläubiger und Schuldner wiederhergestellt werden kann, nachdem das Schuldverhältnis aufgehoben bzw. vernichtet worden ist.

3. Die Rechtsqualität des Primäranspruchs nach Ausübung des Gestaltungsrechts

Anders als bei der eigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz erlischt hier der Primäranspruch mit seinen beiden Elementen, der Rechtsposition und dem Rechtsbehelf (hierzu oben S.81ff). Wird dort ein und dieselbe Rechtsposition gleichzeitig nebeneinander in verschiedener Weise verkörpert, ihr aber nur einmal ein Rechtsbehelf zugeordnet, so wird die Rechtsposition in den Fällen der

¹⁾ Insoweit ist auch hier die dem Primäranspruch zugrundeliegende "Rechtsposition" mit der des Sekundäranspruches identisch; so ausdrücklich für den gesetzlichen Fall einer facultas alternativa des Gl. des § 249 S. 2 BGB

Ersetzungsbefugnis nur mehr in der durch den Willen des Gläubigers ersetzten Form verkörpert ¹⁾, während sie in den übrigen Fällen, sei es mit *ex tunc* ²⁾, sei es mit *ex nunc* ³⁾ Wirkung, gänzlich erloschen ist.

Die Primärleistung kann sich in den Fällen der Ersetzungsbefugnis daher anders als bei dem eigentlichen eventuellen Anspruchsverhältnis niemals als Erfüllung darstellen. Sie kann, wenn der Sekundäranspruch einmal entstanden ist, lediglich an Erfüllungs Statt erfolgen. Demgegenüber kann die Primärleistung in den übrigen Fällen weder als Erfüllung noch an Erfüllungs Statt erfolgen, da die Rechtsposition als Bezugspunkt der Erfüllung ⁴⁾ gänzlich erloschen ist.

4. Die Rechtsqualität des künftigen Sekundäranspruchs

Die künftigen Sekundäransprüche der uneigentlichen eventuellen Anspruchs Konkurrenz unterscheiden sich von der eigentlichen Anspruchs Konkurrenz zunächst dadurch, daß der Schuldner keine Möglichkeit hat, diesem Anspruch zu entgehen, wenn der Gläubiger auf diesen zurückgreifen will. Anders als dort kommt diesen zukünftigen Sekundäransprüchen hinsichtlich ihres Schutzes schon eine gewisse Rechtsqualität zu. Für die Fälle der Ersetzungsbefugnis wird dies durch die entsprechende Anwendung des § 160 BGB bestätigt. Hiernach kann der Gläubiger vom Schuldner Schadensersatz verlangen, wenn dieser die Erfüllung des künftigen Sekundäranspruchs schuldhaft vereitelt hat ⁵⁾.

Für die Fälle der Anfechtung bestimmt § 142 Abs. II BGB, daß der künftige Rückforderungsanspruch gegen den Schuldner nicht durch Dritte vereitelt werden kann, die die Anfechtbarkeit kannten oder hätten kennen müssen.

Der Schutz des künftigen auf Grund des Rücktritts entstehenden Anspruchs ergibt sich aus § 347 BGB.

1) Wobei sich die Identität der Rechtsposition daraus ergibt, daß diese nicht als Anwartschaft auf eine bestimmte Leistung, sondern "als Anwartschaft auf den Erwerb des in dieser Leistung verkörperten Werts" zu definieren ist (vgl. oben S. 51 ff.).

2) So ausdrücklich § 142 BGB für die Anfechtung.

3) Strittig für Rücktritt: h.M. für *ex tunc* Wirkung, vgl. Soergel-Schmidt, Vorbem. 4 vor § 346; Enneccerus-Lehmann, S. 165, RGRK Wilde, § 346 Anm. 4, 7; RGZ 50, 266; 75, 201.

4) Rimmelspacher, S. 56 ff.

5) Gernsheim, S. 215; Weiß, S. 7 f.

Dem Gläubiger steht insoweit in allen Fällen eine rechtlich gesicherte Anwartschaft auf den künftigen Sekundäranspruch zu ¹⁾.

Versucht man nun, diese rechtlich gleichartigen künftigen Ansprüche einer der drei von Hahnzog (vgl. oben S. 60 f) unterschiedenen Gruppen zuzuordnen, so ergibt sich wiederum, daß dies klar und zweifelsfrei für alle gemeinsam nicht geschehen kann. Streng formal stellt sich der Sekundäranspruch bei der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers unmittelbar als künftiger Anspruch aus einem gegenwärtigen Rechtsverhältnis i.S.d. Ziff. 2 der Einteilung dar, während es sich bei den übrigen Sekundäransprüchen, die durch die Ausübung der Aufhebungs- und Vernichtungsrechte entstehen, um Ansprüche handelt, die unmittelbar einem zukünftigen Rechtsverhältnis entspringen, nämlich dem gesetzlichen Rückabwicklungsverhältnis, womit diese unter Ziff. 3 der Einteilung einzuordnen wären ²⁾.

Berücksichtigt man demgegenüber stärker den materiellen Gehalt der hier behandelten Sekundäransprüche, wie dieser in der Terminologie einer Vielzahl von Autoren zum Ausdruck kommt, wenn sie hier von suspensiv bedingten Ansprüchen reden ³⁾, so würde dies eine gemeinsame Eingruppierung unter Ziff. 1 nahelegen, denn hier wie dort wird der künftige Anspruch bereits durch ein Anwartschaftsrecht verkörpert ⁴⁾.

Ungeachtet der zumindest vorhandenen Rechtsähnlichkeit mit den unter Ziff. 1 einzuordnenden Fällen, scheitert die Einordnung aber daran, daß die Ausübung des Gestaltungsrechts Rechtsgrund und Rechtsbedingung gleichzeitig für das Entstehen des Sekundäranspruchs ist, und sich die Rechtsbedingungen nicht als Bedingungen i.S. der Ziff. 1 darstellen ⁵⁾.

Auch hier wird wiederum (vgl. S. 60 f) die doch recht geringe Brauchbarkeit und der beschränkte Aussagewert jeglicher formaler Einteilungsversuche künftige Ansprüche deutlich ⁶⁾.

1) So zu Recht Weiß, S. 7.

2) So ausdrücklich Süß a.a.O., S. 50 f.

3) Vgl. Hein, Duldung, S. 296; Hellwig, Anspruch, S. 102; LB Bd. 1, S. 377; Weiß, S. 8; Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, S. 12.

4) Vgl. Hahnzog a.a.O., S. 21f, 84 f; Staudinger-Coing, Vorbem. 21 zu § 158 ff mit weiteren Nachweisen.

5) Staudinger-Coing, Vorbem. 13 zu § 158 m.W-N.; Hahnzog S.20.

6) Kritisch zu den Einteilungsversuchen auch Würdinger, Die privatrechtliche Anwartschaft, S. 38. Anm. 2.

5. Der Sekundäranspruch als Gegenstand des Rechtsverkehrs

Ebenso wie beim eigentlichen eventuellen Anspruchsverhältnis müßte rein begrifflich auch die Abtretbarkeit der hier in Frage stehenden zukünftigen Sekundäransprüche bejaht werden. Konkret geschieht dies, soweit ersichtlich, für die künftigen Ansprüche, die auf Grund der Aufhebungs- und Vernichtungsrechte entstehen ¹⁾. Tatsächlich kommen die oben (S. 68 ff) dargestellten Bedenken gegen die Zulässigkeit der Abtretung hier nicht zum Tragen. Da die neben dem Primäranspruch vorhandenen Aufhebungs- und Vernichtungsrechte nicht mit dessen Abtretung auf den Zessionar mit übergehen ²⁾, verbleibt konsequenterweise auch der künftige Sekundäranspruch anders als beim eigentlichen, eventuellen Anspruchsverhältnis beim Zedenten. Ebensowenig wie es dabei für den Zessionar einen Unterschied macht, ob der aus der Rechtsgestaltung des Zedenten erwachsende Sekundäranspruch in dessen Person oder in der eines Dritten entsteht ³⁾, ebensowenig wird die Rechtsstellung des Schuldners durch eine Anspruchsverdoppelung beeinträchtigt.

Anders stellt sich dies im Falle der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers dar. Dort geht das Gestaltungsrecht und mit ihm der hieraus entstehende Sekundäranspruch entsprechend dem der eventuellen Anspruchs Konkurrenz auf den Zessionar über. Die Problematik wird auch hier auf der 2. Stufe deutlich:

1) Vgl. Oertmann, zu § 399 Anm. 1 g; Süß, S. 50 ff; Erman-Westermann zu § 399 Anm. 11.

2) Vgl. Seite 107 Anm. 2.

3) Nach Seetzen, AcP 69, 365, kann der Zedent die Rechtsgestaltung ohnehin nur mit dem Einverständnis des Zessionars des Primäranspruchs vornehmen.

Hätte nämlich der Gläubiger und Zedent des Primäranspruchs vor dessen Abtretung den zukünftigen Sekundäranspruch an einen Dritten abgetreten, so entstünde dieser nach Ausübung der Ersetzungsbefugnis des Zessionars in der Person dieses Dritten. Der Zessionar dagegen verlöre den Primäranspruch entgegen seinem Willen ersatzlos, obwohl er Inhaber sämtlicher existenter Rechte geworden war ¹⁾.

Die begriffliche Neubestimmung des materiellen Anspruchs durch Rimmelspacher ermöglicht auch hier in dogmatisch sauberer Weise, die Abtretbarkeit bzw. die Nichtabtretbarkeit des künftigen Sekundäranspruchs zu belegen. Nach ihm ist Verfügungsobjekt immer das dem Anspruch zugrundeliegende Element der Rechtsposition, die sich, vereinfacht ausgedrückt, als Anwartschaft auf einen Wert versteht oder auch vom Standpunkt des Rechtsinhabers schlicht als Interesse zu bezeichnen ist. Nur dort, wo dem künftigen Sekundäranspruch eine gegenüber dem primären Anspruch neue Rechtsposition zugrundeliegt, ist dieser selbständig abtretbar. Eine neue Rechtsposition liegt aber nur den Sekundäransprüchen zugrunde, die durch die Ausübung der Aufhebungs- und Vernichtungsrechte entstehen, nicht jedoch den Fällen der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, wie sich aus der unterschiedlichen rechtlichen und wirtschaftlichen Funktion des jeweiligen Sekundäranspruchs gegenüber dem Primäranspruch ergibt ²⁾.

Hiernach kann nur der künftige Anspruch Gegenstand des Rechtsverkehrs sein und mithin Streitgegenstand, der aus der Ausübung der Aufhebungs- und Vernichtungsrechte resultiert. Nur in diesen Fällen ergeben sich aus dem materiellen Recht keine Bedenken gegen eine Klagenhäufung, da hier zwei Rechtspositionen i. S. d. Definition von Rimmelspacher gegeben sind.

1) Daß er auch hier möglicherweise den Zedenten wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo in Anspruch nehmen könnte, ist auch hier eine davon unabhängige Frage des wirtschaftlichen Ausgleichs.

2) Vgl. oben S. 107 Anm. 2

2. Unterabschnitt

1. Die Bedenken aus § 259 ZPO

Im Hinblick darauf, daß eine Klagenhäufung gem. § 260 ZPO zwei prozessuale Ansprüche voraussetzt, die auch jeder für sich allein Gegenstand einer Klage sein können, ist auch hier zunächst die Frage nach der Zulässigkeit der Klage auf künftige Leistung nach § 259 ZPO zu beantworten.

1.1. Die Rechtsschutzfähigkeit des künftigen Sekundäranspruchs

1.1.1. nach den gewonnenen Abgrenzungskriterien ¹⁾.

Hiernach wäre die Rechtsschutzfähigkeit der künftigen Sekundäransprüche, denen ein Aufhebungs- oder Vernichtungsrecht zugrundeliegt, uneingeschränkt zu bejahen. Die materiellrechtliche Untersuchung hinsichtlich der Rechtsqualität dieser Ansprüche hat ergeben, daß sie bereits durch ein Anwartschaftsrecht verkörpert werden ²⁾. Es steht alleine in der Macht des Gläubigers, die gewünschte Rechtsfolge herbeizuführen. Der Schuldner hat hierauf keinen Einfluß. Auch den Voraussetzungen des § 726 ZPO ist genügt; denn der Gläubiger ist für den Eintritt der für das Entstehen des Sekundäranspruchs noch fehlenden Voraussetzung - der Ausübung des Gestaltungsrechts - beweispflichtig. Nach den von Ullmann ³⁾ erarbeiteten Auslegungskriterien kommt diesen künftigen Ansprüchen somit ein gegenwärtiger Vermögenswert zu, der ihre Rechtsschutzfähigkeit fordert. Dieses Ergebnis wird durch die Tatsache bestätigt, daß die künftigen Ansprüche auch Gegenstand von rechtlichen und wirtschaftlichen Dispositionen sein können, wie die materiellrechtliche Untersuchung gezeigt hat.

1) Vgl. oben S. 89 ff.

2) Vgl. oben S. 109 ff.

3) a.a.O. S. 60.

Bei den künftigen Ansprüchen in den Fällen der facultas alternativa des Gläubigers sind ebenfalls sämtliche Abgrenzungskriterien für § 259 ZPO erfüllt. Sie werden bereits durch ein Anwartschaftsrecht verkörpert, da es allein vom Willen des Gläubigers abhängt, den Sekundäranspruch zu begründen. Der Beweispflicht des Gläubigers im Hinblick auf § 726 ZPO ist genügt. Ein gegenwärtiger Vermögenswert i.S.d. §§ 259, 916 Abs. 2 ZPO wäre demnach auch hier zu bejahen.

Auf der anderen Seite wurde im materiellrechtlichen Teil festgestellt ¹⁾, daß die künftigen Ansprüche der facultas alternativa im Gegensatz zu den künftigen Ansprüchen, denen Aufhebungs- und Vernichtungsrechte zugrundeliegen, niemals selbständige Gegenstände rechtlicher oder wirtschaftlicher Dispositionen sein können.

Diesem Unterschied wird, wie die materiellrechtliche Untersuchung aufgezeigt hat, von der materiellrechtlichen Anspruchslehre Rimmelspachers Rechnung getragen. Eine Rechtsposition, die durch einen gegenwärtigen Anspruch verkörpert wird, kann hiernach immer nur in dieser Form Gegenstand von materiellen und prozessualen Verfügungen sein. Den künftigen Sekundäransprüchen kann insoweit eine eigenständige Bedeutung nicht zukommen.

1) Vgl. oben S. 111.

1.1.2. Mangelnde Rechtsausübung und Prozeßrechtsschutz
nach § 259 ZPO

Oben ¹⁾ wurde die Hauptproblematik des § 259 ZPO erörtert, nämlich die Frage, wie und wo die Grenzen einer extensiven Auslegung dieser Generalklausel für den Prozeßrechtsschutz künftiger Rechte zu ziehen sind.

Bei den Fällen der uneigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz stellt sich nunmehr das gleiche Problem nur mit umgekehrten Vorzeichen: Die Frage lautet hier, kann ein schon gegenwärtiger Anspruch mit der Klage nach § 259 ZPO geltend gemacht werden? Muß diese Vorschrift auch insoweit eingeschränkt ausgelegt werden?

Die hier vorliegenden künftigen Sekundäransprüche geben Anlaß, diese Fragen zu stellen und sie zu bejahen. Diese künftigen Ansprüche werden, wie gezeigt wurde, dadurch gekennzeichnet, daß ihr Entstehen als gegenwärtige Ansprüche allein vom Willen des Gläubigers, nämlich von der Ausübung des diesem zugeordneten Gestaltungsrecht, abhängen. Nun handelt es sich bei den §§ 257 - 259 ZPO um Ausnahmenvorschriften von dem unserem Prozeßrecht zugrundeliegenden Prinzip, daß ein Anspruch nur dann Gegenstand einer Leistungsklage sein kann, wenn er schon als bestehender vom Kläger geltend gemacht wird.

1) Vgl. S. 89 ff.

Entsprechend diesem Grundsatz können Rechte, die als gegenwärtig bestehende geltend gemacht werden können, nicht Gegenstand einer Klage nach §§ 257 - 259 ZPO sein. Es fehlt ihnen insofern ebenfalls die Rechtsschutzfähigkeit i.S. dieser Vorschriften.

Hiergegen läßt sich nicht etwa einwenden, der Sekundäranspruch könne ja nicht als gegenwärtiger eorgeklagt werden, weil der Gläubiger das Gestaltungsrecht nicht ausgeübt habe ¹⁾. Insoweit ist nämlich jeder Rechtsinhaber verpflichtet, die ihm zustehenden materiellen Rechtsbehelfe auszuschöpfen, bevor er sich der Hilfe des Gerichts bedient.

Als Ergebnis ist also festzustellen, daß infolge der einschränkenden Auslegung des § 259 ZPO sämtlichen künftigen Sekundäransprüchen der uneigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz die Rechtsschutzfähigkeit im Prozeß zu versagen ist ²⁾.

- 1.2. Das besondere Rechtsschutzbedürfnis nach § 259 ZPO
Darüberhinaus dürfte hier ebenso wie bei der uneigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Das ist eine notwendige Begleiterscheinung der Klagenverbindung von Primär- und künftigem Sekundäranspruch wegen deren materiellem Alternativverhältnis.

1) Wie dies Weiß, S. 18 tut.

2) Gernsheim, a.a.O. S. 231 und Ullmann a.a.O. S. 43 verneinen mit derselben Begründung die Zulässigkeit der Klage unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses; vgl. oben S. 39 Anm. 1.

Denn mit Recht wird jeder Schuldner, der aus dem primären Anspruch verklagt wird, klar zum Ausdruck bringen, daß er den künftigen Anspruch niemals erfüllen werde, weil er ja im Falle der Verurteilung zur Primärleistung diese zu erbringen habe, und der Gläubiger ja beides nicht verlangen könne¹⁾.

2. Die Bedenken aus dem Verhältnis von Primär- und Sekundäranspruch
2.1. Keine kumulative Klagenhäufung

Die Untersuchung des materiellen Anspruchsverhältnisses hat gezeigt, daß Primär- und Sekundäranspruch ebenso in einem alternativen Nacheinander stehen, wie dies bei der eigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz der Fall ist. Das bedeutet, daß eine kumulative Klagenhäufung des Primäranspruchs und des künftigen Sekundäranspruchs rechtlich nicht zulässig ist. Insoweit kann in vollem Umfang auf die Erörterungen zur eigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz verwiesen werden²⁾.

An dieser Stelle sei nur nochmals der tragende Grund für die Unzulässigkeit einer kumulativen Klagenhäufung hervorgehoben. Dieser liegt darin, daß der Kläger mit Hilfe des Gerichts niemals mehr erreichen darf, als ihm materiellrechtlich gegenüber dem Beklagten zusteht; vereinfacht ausgedrückt: Wenn dem Gläubiger nach materiellem Recht entweder der eine oder der andere Gegenstand zuzuordnen ist, so kann er als Kläger vom Gericht nicht verlangen, daß dies den Schuldner zur Leistung des einen und zur Leistung des anderen Gegenstandes verurteilt.

2.2. Die Unzulässigkeit der alternativen Klagenhäufung

Entsprechend den Ausführungen zur eigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz ist auch hier eine alternative Klagengegenstandshäufung unzulässig³⁾.

Die dort dem Grunde nach gegebene Möglichkeit einer Verurteilung zur "Leistung nach Wahl des Beklagten"⁴⁾ scheidet hier aus, da der Sekundäranspruch von einer Willenserklärung des Gläubigers abhängt.

1) Vgl. die Ausführungen oben S. 95 f.

2) Vgl. oben S. 96 ff.

3) Vgl. oben S. 100 ff.

4) Vgl. oben S. 101 ff.

6. Abschnitt

Die unechte eventuelle Anspruchskonkurrenz im materiellen Recht und im Prozeß

1. Unterabschnitt

Das materiellrechtliche Anspruchsverhältnis

1. Das kumulative Verhältnis von Primär- und Sekundäranspruch

Bei der unechten, eventuellen Anspruchskonkurrenz geht der Primäranspruch auf Abschluß eines Vertrages, auf Begründung eines Rechtsverhältnisses. Der Sekundäranspruch ergibt sich aus diesem abzuschließenden Rechtsverhältnis als dem Ergebnis einer übereinstimmenden Veränderung von Rechtsbeziehungen, die rechtsgeschäftlich oder kraft Gesetzes zwischen bestimmten Personen entstanden waren. Hiervon ist der Fall zu unterscheiden, daß jemandem durch Rechtsgeschäft oder Gesetz das Recht eingeräumt ist, solche Rechtsbeziehungen einseitig (durch Gestaltungsrecht) zu verändern. Trotz der bestehenden Funktionsgleichheit dieses Primäranspruchs zu dem Gestaltungsrecht kann man von einer unechten eventuellen Anspruchskonkurrenz nur sprechen, wenn sich der Sekundäranspruch aus der Erfüllung eines primären Anspruchs ergibt, und nicht lediglich die Folge der Ausübung bzw. gerichtlichen Geltendmachung eines Gestaltungsrechts des Gläubigers ist ¹⁾.

Die Rechtsähnlichkeit, die darin besteht, daß es zur zwangsweisen Durchsetzung des primären Rechts in beiden Fällen jeweils keines besonderen Vollstreckungsverfahrens bedarf, da mit Rechtskraft des Urteils die Vollstreckungsauswirkungen unwiderruflich eintreten, entbindet nicht von der Notwendigkeit einer begrifflichen Differenzierung ²⁾.

1) Wie in den Fällen: § 133 HGB (Auflösung der OHG);
§ 140 HGB (Ausschluß eines Gesellschafters);
§§ 2341, 2342 BGB (Testamentsanfechtung).

2) Was Weiß, S. 11 unterläßt, wenn er in beiden Fällen von einem eventuellen Anspruchsverhältnis spricht.

Unterscheidet sich das unechte vom echten eventuellen Anspruchsverhältnis formal dadurch, daß für das Entstehen des Sekundäranspruchs im ersten Fall die Erfüllung, im zweiten Fall die Nichterfüllung des Primäranspruchs vorausgesetzt ist, so kommt hierin sogleich der sachliche Unterschied zum Ausdruck. Hat der primäre Anspruch bei der echten eventuellen Anspruchskonkurrenz gegenüber dem Sekundäranspruch trotz bestehender Wertidentität eine selbständige wirtschaftliche Bedeutung, so hat der Primäranspruch der unechten Anspruchskonkurrenz lediglich eine Hilfs- und Vorbereitungsfunktion gegenüber dem Sekundäranspruch, der das eigentliche wirtschaftliche Interesse des Gläubigers verkörpert und somit die Hauptverbindlichkeit darstellt ¹⁾. Im ersten Fall kann das wirtschaftliche Interesse des Gläubigers durch die Erfüllung des einen oder anderen Anspruchs, im zweiten Fall nur durch die Erfüllung beider Ansprüche realisiert werden.

Dem rechtsgeschäftlichen Fall des unechten eventuellen Anspruchsverhältnisses, wonach der Gläubiger aus Vorvertrag einen Anspruch auf Abschluß des Hauptvertrages hat, aus dem dann der sekundäre Anspruch folgt, entsprechen die folgenden, beispielhaft aufgeführten, gesetzlichen Fälle:

1) So ausdrücklich für den Fall der Wandlung RGZ 70, 98.

Mit dem Eintritt des Gewährleistungsfalles hat der Käufer einen Anspruch auf Abschluß des Wandlungs- bzw. Minderungsvertrages ¹⁾, woraus dann der Sekundäranspruch auf ganze oder teilweise Rückzahlung des Kaufpreises folgt.

Unter den Voraussetzungen des § 749 BGB kann jeder Teilhaber einer Gemeinschaft nach Bruchteilen verlangen, daß die Mitteilhaber in die Aufhebung der Gemeinschaft einwilligen ²⁾. Die vollzogene Aufhebung läßt den konkreten Teilungsanspruch, wie er in den §§ 752 ff BGB geregelt ist, entstehen ³⁾.

Gemäß § 2042 BGB kann jeder Miterbe, wenn die Voraussetzungen der §§ 2043 - 2045 BGB gegeben sind, die Auseinandersetzung verlangen. Dieser Anspruch ist ebenfalls auf die Einwilligung in den Abschluß eines Vertrages gerichtet, woraus dann der Anspruch des Miterben auf Zuteilung bestimmter Nachlaßgegenstände resultiert.

-
- 1) So die von einer M.M. vertretene Vertragstheorie; vgl. hierzu die Literaturnachweise bei Staudinger-Ostler, zu § 462 Anm. 11. Die Tatsache, daß die h.M. überwiegend aus prozessualen Überlegungen der Herstellungstheorie folgt, vgl. auch hierzu die Rechtspr. u. Literaturnachweise bei Staudinger-Ostler, § 462 Anm. 12, vermag an der Problematik des materiellen Anspruchsverhältnisses nichts zu ändern. Der Gläubiger ist nämlich nicht auf das Vorgehen nach der Herstellungstheorie beschränkt, sondern er kann zunächst auf die Einwilligung in die Wandlung klagen und dann die Zahlungsklage erheben. Vgl. Erman-Weitnauer Vorbem. § 459 Anm. 40; Palandt-Putzo, § 465, Anm. 1; RGZ 70, 198; JW 13, 736.
 - 2) BGB-RGRK-Fischer, § 749 Anm. 2; RGZ 108, 424, 425.
 - 3) Wenn es in § 752 BGB heißt, "die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt durch Teilung in Natur", so darf daraus nicht geschlossen werden, daß ein selbständiger Anspruch auf Einwilligung in die Aufhebung nicht bestünde, sondern lediglich unmittelbar ein konkreter Zuteilungsanspruch. § 752 BGB betrifft nur den Vollzug der Teilung, so mit Recht Weiß, S. 12.

2. Der Primäranspruch kein Gegenstand des Rechtsverkehrs

Die mangelnde Verkehrsfähigkeit des Primäranspruchs ergibt sich mit Notwendigkeit aus dessen besonderem Anspruchsinhalt. Die Aufhebung oder Veränderung von Rechtsbeziehungen, gleichgültig ob sie einseitig durch Gestaltungsrecht oder durch gemeinschaftliche Rechtsgestaltung geschieht, kann jeweils nur durch die Personen erfolgen, die innerhalb dieser Rechtsbeziehung stehen.

Ebensowenig wie bei dem uneigentlichen, eventuellen Anspruchsverhältnis die Gestaltungsrechte, die neben dem Primäranspruch bestehen, selbständig übertragen werden können, so kann der hier in Frage stehende Primäranspruch abgetreten werden. Dieser ist insoweit unlösbar mit der Rechts- und Pflichtenstellung des Gläubigers verbunden und kann nur durch Übertragung dieser Stellung im Rahmen einer Vertragsübernahme im Einverständnis des Schuldners auf einen Dritten übergehen ¹⁾.

1) Für die Wandelung: Baath, Der Eintritt in ein gegenseitiges Schuldverhältnis, S. 50; Pieper, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, S. 167; Planck/Siber § 399 Anm. 1b; Seetzen, AcP 69, 370; Brüggmann, Die Abtretung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, S. 46;

Für den Vorvertrag: Erman/Westermann, § 399 Anm. 5; Staudinger/Werner, § 399 Anm. I, 1; differenzierend: Oertmann, §§ 398, 399 Bem. 1 a; Planck/Siber, § 399 Anm. 1, c.

Ein Sonderfall ist die Gemeinschaft, da es sich hier um eine juristische Tatsache und nicht um ein Schuldverhältnis handelt. Der Primäranspruch geht hier mit der Verfügung über den Anteil gem. § 747 BGB über, Palandt/Thomas, § 741 Anm. 6; Da auch die Rechtsstellung als Erbe nicht übertragbar ist, geht auch hier der Auseinandersetzungsanspruch mit der Verfügung über den Anteil des Erben an seinem Nachlaß auf den Erwerber über. Dieser wird nicht Erbe, tritt aber in die Rechts- und Pflichtenstellung des Erben ein, vgl. Palandt/Keidel § 2042, Anm. 1.

3. Der künftige Sekundäranspruch als Gegenstand des Rechtsverkehrs

Die Rechtsqualität des künftigen Sekundäranspruchs entspricht der Rechtsqualität der Ansprüche, die durch die Ausübung der Aufhebungs- und Vernichtungsrechte seitens des Gläubigers entstehen. Hier wie dort handelt es sich um einen Anspruch aus einem zukünftigen Rechtsverhältnis, bei dem bereits eine rechtliche Anwartschaft des Gläubigers festzustellen ist. Allerdings ist die Rechtsposition, die der Sekundäranspruch beinhaltet, mit der Rechtsposition des Primäranspruchs jeweils identisch. Hierin liegt zugleich die Gemeinsamkeit zu den Fällen der facultas alternativa des Gläubigers und der Unterschied zu den Fällen der Aufhebungs- und Vernichtungsrechte. Besonders deutlich zeigt sich die Identität der Rechtsposition dort, wo das rechtliche und wirtschaftliche Interesse des Gläubigers einzig auf die Erfüllung des Sekundäranspruchs gerichtet ist, wie im Fall des Vorvertrags. Unabhängig davon, ob das Entstehen des Sekundäranspruchs Ziel oder lediglich Folge der Erfüllung des Primäranspruchs ist, kann jedoch das Wertinteresse des Gläubigers immer nur an dem Sekundäranspruch gemessen werden, da der Primäranspruch im Verhältnis zu diesem lediglich eine Vorbereitungsfunktion hat.

Wurde oben (S.73f) ausgeführt, eine Rechtsposition könne immer nur in der gerade gegenwärtigen Form übertragen werden, die Übertragung in einer zukünftigen Form werde hierdurch ausgeschlossen, so ist diese Aussage insoweit zu modifizieren bzw. zu ergänzen, daß eine Abtretung in der gegenwärtigen Form auch rechtlich möglich sein muß.

Da die Rechtsposition in der durch den Primäranspruch verkörpert Form nicht Gegenstand einer Abtretung sein kann, bestehen auch nach der Anspruchslehre von Rimmelspacher keine Einwände dagegen, die Abtretbarkeit des künftigen Sekundäranspruchs hier zu bejahen ¹⁾. Da der künftige Anspruch, der aus der Vollziehung des Vorvertrages entsteht, abtretbar ist, kann er auch selbständig Gegenstand eines Prozesses sein.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten: Primär- und künftiger Sekundäranspruch können jeder für sich Gegenstand eines Prozesses sein. Da jedoch dem Primär- und Sekundäranspruch jeweils dieselbe Rechtsposition zugrundeliegt, könnte und müßte man an dieser Stelle zu der Auffassung gelangen, daß die konsequente Anwendung der Anspruchslehre von Rimmelspacher zur Unzulässigkeit auch der unechten Eventualklage bei der unechten eventuellen Anspruchskonkurrenz führt. In der Tat wird auch die prozeßrechtliche Untersuchung zeigen, daß die Voraussetzungen für eine kumulative Klagenhäufung nicht gegeben sind. Sie wird aber ebenso zeigen, daß diese unechte Eventualklage unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt zu qualifizieren und zuzulassen ist.

1) Ausdrücklich für den Vorvertrag Erman/Westermann, § 399 Anm. 5; Planck/Siber, § 399 Anm. 1 c; vgl. auch RGZ 68, 355; 77, 409.
Für § 2042 ergibt sich die fehlende Abtretbarkeit daraus, daß der Erbe nicht zugleich über seinen Anteil gem. § 2033 und zugleich über den zukünftigen Auseinandersetzungsanspruch verfügen können darf, so die h.M. im Anschluß an RGZ 60, 126 ff, 132, A.A. Sigler in MDR 64, 372 ff.
Entsprechendes muß für § 749 BGB gelten. Um mit den Worten Rimmelspachers zu sprechen, eine Rechtsposition darf nicht verdoppelt werden.

2. Unterabschnitt

Das prozeßrechtliche Anspruchsverhältnis

1. Die Voraussetzungen des § 259 ZPO
- 1.1. Die Rechtsschutzzfähigkeit der künftigen Sekundäransprüche

Aus der materiellrechtlichen Darstellung ergibt sich, daß den künftigen Sekundäransprüchen ein gegenwärtiger Vermögenswert zukommt ¹⁾. Soweit die künftigen Sekundäransprüche mittelbar ihren Ursprung in einer vertraglichen Regelung haben, wie beim Vorvertrag, zeigt sich dies darin, daß der Schuldner an seine inhaltlich festgelegte, rechtsgeschäftliche Erklärung gebunden ist ²⁾. Soweit sie mittelbar aus gesetzlichen Regelungen folgen ³⁾, wird dies dadurch deutlich, daß der künftig Verpflichtete keine rechtliche oder tatsächliche Möglichkeit hat, den Eintritt der Rechtsfolgen des der Klage auf künftige Leistung zugrundeliegenden Tatbestandes zu verhindern.

Zwar hängt der Sekundäranspruch in seinem Entstehen ähnlich wie in den Fällen der eigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz hier auch vom Willen des Schuldners ab; es bedarf nämlich immer der Mitwirkung des Schuldners, um den künftigen Anspruch als gegenwärtigen entstehen zu lassen. Dies führt hier jedoch nicht, wie bei der eigentlichen eventuellen Anspruchskonkurrenz, dazu, daß der Sekundäranspruch ohne den Willen des Gläubigers nicht entstehen kann.

-
- 1) Zu den Grenzen des § 259 ZPO vgl. oben S. 89 ff.
 - 2) Von dem Ausnahmefall, daß hier ein freies Kündigungsrecht oder Rücktrittsrecht des Schuldners besteht, soll hier abgesehen werden.
 - 3) Vgl. hierzu die oben S. 120 angeführten Fälle.

Wenn nämlich der Gläubiger den Schuldner auf Abgabe der geschuldeten rechtsgeschäftlichen Erklärung verklagt, dann gilt gemäß § 894 ZPO die Willenserklärung mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben.

Für die beiden Voraussetzungen, die notwendig sind, um den Sekundäranspruch als gegenwärtigen entstehen zu lassen; nämlich die Abgabe der beiden korrespondierenden Willenserklärungen von Gläubiger und Schuldner, ist gem. § 726 ZPO auch der Gläubiger beweispflichtig.

1.2. Das besondere Rechtsschutzbedürfnis nach § 259 ZPO

Infolge des Verhältnisses von Primär- und Sekundäranspruch ergeben sich auch hier Schwierigkeiten, jeweils positiv die Besorgnis festzustellen, daß sich der Schuldner der rechtzeitigen Leistung entziehen werde.

In sämtlichen Fällen der echten eventuellen Anspruchskonkurrenz resultiert diese Schwierigkeit in erster Linie daraus, daß dem Schuldner, der auf die Primärleistung in Anspruch genommen wird, das Recht nicht abgesprochen werden kann, das Bestehen des künftigen Sekundäranspruchs ernstlich zu bestreiten. Er darf dort klar zum Ausdruck bringen, daß er diesen niemals erfüllen werde, weil er ja im Falle einer Verurteilung die Primärleistung zu erbringen habe ¹⁾.

Diese Schwierigkeit besteht allerdings nicht bei einer Klage, der ein unechtes eventuelles Anspruchsverhältnis zugrundeliegt, da in diesen Fällen der Schuldner ja gerade mit der Erfüllung des Primäranspruchs die Bedingung für das Entstehen des Sekundäranspruchs setzt.

1) Vgl. oben S. 95 ff, 116 ff.

Das Problem liegt hier allein darin, ob aus dem ernstlichen Bestreiten des Primäranspruchs durch den Schuldner geschlossen werden darf, daß er im Falle der Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung den mit Rechtskraft des Urteils gemäß § 894 ZPO entstehenden Sekundäranspruch nicht erfüllen und sich somit der richterlichen Beurteilung widersetzen werde.

Soweit der Gläubiger nicht den Nachweis führen kann, daß der Schuldner böswillig ist, wird man die Besorgnis, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen, nicht für begründet halten können.

Die Besonderheit in diesem Punkt gegenüber der echten eventuellen Anspruchskonkurrenz zeigt sich, wenn man sich folgendes vergegenwärtigt:

Den künftigen Sekundäransprüchen der echten eventuellen Anspruchskonkurrenz fehlt es an der Rechtsschutzfähigkeit i.S.d. § 259 ZPO. Sie können deshalb weder allein noch durch eine Verbindung mit dem jeweiligen Sekundäranspruch Gegenstand einer Klage sein. Anders stellt sich die Rechtslage in den Fällen der unechten eventuellen Anspruchskonkurrenz dar. Hier kann der künftige Sekundäranspruch immer allein Gegenstand einer Klage nach § 259 ZPO sein. Klagt der Gläubiger aber allein auf künftige Leistung, so kann auch das Rechtsschutzbedürfnis i.S.d. § 259 ZPO immer positiv festgestellt werden. Ob und gegebenenfalls welche Konsequenzen hieraus zu ziehen sind, wird noch zu erörtern sein.

An dieser Stelle ist als Ergebnis lediglich festzuhalten, daß die positive Ermittlung des Rechtsschutzbedürfnisses nur durch die Klagenverbindung ausgeschlossen wird. Für die alleinige prozessuale Geltendmachung der künftigen Sekundäransprüche ist sowohl die Rechtsschutzfähigkeit als auch grundsätzlich das Rechtsschutzbedürfnis gegeben.

2. Die unechte eventuelle Anspruchskonkurrenz
als kumulative Klagenhäufung

Im Unterschied zu sämtlichen Fällen der echten eventuellen Anspruchskonkurrenz, wo Primär- und künftiger Sekundäranspruch in einem alternativen Nebeneinander stehen, ist das Anspruchsverhältnis hier kumulativer Natur. Dem Gläubiger steht zur gleichen Zeit nebeneinander der Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung und auf künftige Leistung eines Gegenstandes zu. Insoweit bestehen unter dem Aspekt der Korrespondenz des materiellen und prozessualen Anspruchsverhältnisses ¹⁾ hier keine Bedenken gegen die kumulative Klagenhäufung nach § 260 ZPO. Da wir es im übrigen auch mit zwei inhaltlich verschiedenen Klageanträgen zu tun haben, scheint kein Zweifel an deren Vorliegen möglich.

Zweifel tauchen erst auf, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der "quantitative Charakter" der Klagenkumulation zwei selbständige Streitgegenstände erfordert ²⁾. Jeder prozessuale Anspruch muß für sich Gegenstand prozeßrechtlicher Dispositionen sein können. Über ihn muß ein Teilurteil ergehen können (§ 301 ZPO). Er muß als Gegenstand von Verzicht (§ 306 ZPO) und Anerkenntnis (§ 307 ZPO) infrage kommen. So muß es beispielsweise möglich sein, daß der Kläger auf den einen Klageanspruch verzichtet, während der Beklagte den anderen Klageanspruch anerkennt.

Daß diese prozessualen Verfügungsmöglichkeiten bei der vorliegenden Klagenverbindung fehlen, ist offensichtlich. Im Hinblick auf diese Besonderheit erscheint es zweifelhaft, ob die Verbindung von

1) Vgl. oben S. 97 ff

2) Blomeyer, Zivilprozeßrecht, S. 214.

Primär- und Sekundäranspruch richtig qualifiziert ist, wenn sie als kumulative Klagenhäufung bezeichnet wird ¹⁾.

3. Die Zulässigkeit der Antragsverbindung als präparatorische Inzidentklage

Eine Inzidentklage liegt dann vor, wenn von zwei prozessualen Ansprüchen jeweils der eine von beiden nicht ohne den anderen geltend gemacht werden kann. Dabei ist das Verhältnis von Haupt- und Inzidentanspruch stets präjudiziell ²⁾. Ebenso wie der Inzidentanspruch vom Hauptanspruch abhängig gemacht werden kann (vgl. § 280 ZPO), kann auch der Hauptanspruch vom Inzidentanspruch in seinem Bestehen abhängen (vgl. § 510 b ZPO).

Ein solches Präjudizialitätsverhältnis findet sich auch in der Beziehung von Primär- und Sekundäranspruch. Nur, wenn z.B. ein Anspruch aus Vorvertrag auf Abgabe einer Willenserklärung besteht, ist auch das Vorliegen des sekundären Anspruchs, z.B. auf Übereignung eines Gegenstandes, zu bejahen. Im Unterschied zur Inzidentklage kann jedoch, wie gezeigt wurde, bei der unechten eventuellen Anspruchskonkurrenz jeder Anspruch für sich allein Gegenstand einer Klage sein.

Das Problem liegt auf der Hand: Gleichgültig, nach welchem der beiden Ansprüche der Kläger vorgeht, niemals wird es ihm gelingen, sein Interesse, das einzig durch den künftigen Sekundäranspruch verkörpert wird, gegen den Willen des Schuldners, unmittelbar auf Grund der Verurteilung wegen des einen oder anderen Anspruchs zu befriedigen.

1) Darauf, daß es neben der Klagenhäufung (§ 260 ZPO) noch andere Verbindungen von Anträgen gibt, die begrifflich von der Klagenhäufung besser unterschieden werden, weist Behrends, Anspruchshäufung im Zivilprozeß, zu Recht hin. Er bezeichnet diese einmal als Inzidentklagen (S. 73 ff) und einmal als präparatorische Klagen (S. 78).

2) Behrends, S. 74

Hier bedarf es immer der Verurteilung wegen beider Ansprüche.

Diesem Problem wird durch die präparatorische Klage Rechnung getragen. Diese ist dadurch gekennzeichnet, daß der "Primäranspruch" lediglich Hilfsfunktion hat, um die prozessuale Durchsetzung des "Sekundäranspruchs", der das eigentliche Interesse des Klägers beinhaltet, zu ermöglichen ¹⁾. Beispiele für diese "primären" Hilfsansprüche sind die Vorschriften über die Vorlegung von Sachen, die §§ 809 - 811 BGB.

Auch bei der unechten eventuellen Anspruchskonkurrenz hat der Primäranspruch lediglich die Funktion, die Durchsetzung des Sekundäranspruchs, dem eigentlichen Interesse des Gläubigers, zu ermöglichen. Die präparatorische Klage unterscheidet sich von der Inzidentklage und damit auch von der Verbindung bei der unechten eventuellen Anspruchskonkurrenz dadurch, daß das Anspruchsverhältnis kein präjudizielles sein muß ²⁾.

Die Vorschrift des § 254 ZPO geht von der Zulässigkeit dieser Klagenhäufung aus. Sie erlaubt es sogar dem Kläger, den Antragsgrundsatz nach § 253 Abs. 2 Nr.2 ZPO zu durchbrechen. Nach § 254 ZPO kann mit der Klage auf Rechnungslegung oder auf Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses oder auf Leistung des Offenbarungseides die Klage auf Herausgabe dessen, was der Beklagte aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis schuldet, in der Weise verbunden werden, daß sich der Kläger die bestimmte Angabe der Leistungen, die er beansprucht, vorbehält.

Die Zulässigkeit der Verbindung von Primär- und Sekundäranspruch als präparatorische Inzidentklage ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 254 ZPO. Der dieser Regelung zugrundeliegende gesetzgeberische Zweck ist darin zu sehen, daß dem Kläger, dem es im Grunde nur um ein bestimmtes materielles Interesse geht, die Möglichkeit gegeben wird, dieses eine Interesse auch in einem prozessualen Verfahren zu verfolgen.

1) Vgl. oben S. 119

2) Vgl. Behrends, S. 78, "an sich eine kumulative Klagenhäufung".

Prozeßrechtliche Vorschriften - in den von § 254 ZPO geregelten Fällen handelt es sich um das Antragserfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO - sollen die Verfolgung dieses einen Interesses dann nicht hindern, wenn dem Gläubiger und Kläger zugleich Rechte zustehen, mit deren Durchsetzung diese Hindernisse beseitigt werden können.

Die Sach- und Rechtslage bei der hier in Frage stehenden Klagenverbindung entspricht in der für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsicht derjenigen, die der Klagenverbindung nach § 254 ZPO zugrundeliegt ¹⁾. Auch hier hat der Gläubiger nur ein bestimmtes Interesse. Dieses Interesse wird durch die jeweiligen Sekundäransprüche verkörpert. Die rechtliche und tatsächliche Realisierung dieses Interesses ist gegen den Willen des Schuldners nicht ohne die Verurteilung wegen des vorbereitenden Primäranspruchs möglich. Auch hier stehen der Verbindung beider Ansprüche prozeßrechtliche Bedenken gegenüber, da der Sekundäranspruch wegen des mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses nach § 259 ZPO nicht geltend gemacht werden dürfte ²⁾. Und schließlich wird auch hier dieses Hindernis durch die Verurteilung wegen des vorbereitenden Primäranspruchs mit Rechtskraft des Urteils beseitigt ³⁾. Diese Rechtsähnlichkeit wird durch den Punkt, in dem sich die beiden Klagenverbindungen unterscheiden, nicht berührt. So kann der Gläubiger im Fall des § 254 ZPO den Sekundäranspruch alleine nicht geltend machen. Im Fall der unechten eventuellen Anspruchskonkurrenz kann er ihn zwar alleine geltend machen, eine Verurteilung hierwegen ist jedoch ohne gleichzeitige Verurteilung wegen des Primäranspruchs ohne Wert.

1) Zu den Voraussetzungen der Analogie vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 366 f.

2) Vgl. oben S. 125 f

3) Vollstreckungshandlungen bedarf es auf Grund des § 894 ZPO nicht mehr.

Bei der Stufenklage nach § 254 ZPO erfolgt über jeden Anspruch, der der prozessualen Durchsetzung des Hauptinteresses des Klägers dient, ein Teilurteil, bevor es zum Schlußurteil über das Hauptinteresse selbst kommt. Dieses Verfahren beruht darauf, daß zur Verwirklichung des vorbereitenden Anspruchs immer noch Handlungen des Schuldners notwendig sind, die entweder freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen können. Demgegenüber bedarf es hier weder einer Handlung des Schuldners noch einer Vollstreckung wegen des vorbereitenden Primäranspruchs, da bereits mit Rechtskraft des Urteils der Zustand hergestellt ist, der die prozessuale Durchsetzung des Hauptinteresses ermöglicht. Im Hinblick auf diese Besonderheit wäre der Erlaß eines Teilurteils wegen des Primäranspruchs reiner Formalismus.

Ein Urteil ergeht deshalb gleichzeitig über Primäranspruch und Sekundäranspruch in analoger Anwendung des § 254 ZPO.

S c h l u ß b e t r a c h t u n g

Als Ergebnis dieser Untersuchung ist an dieser Stelle festzuhalten, daß die unechte Eventualklage nur bei der unechten eventuellen Anspruchskonkurrenz zulässig - im übrigen aber unzulässig ist.

Überall dort, wo zwei materielle Ansprüche in einem alternativen bzw. elektiven Verhältnis zueinander stehen ¹⁾, hat sich der Gläubiger zu entscheiden, welchen dieser Ansprüche er mit Hilfe des Gerichts durchsetzen will, da sowohl das Gericht als auch der Schuldner wissen muß, welche Leistung er "beansprucht". In sämtlichen Fällen der echten eventuellen Anspruchskonkurrenz stehen der Primäranspruch und der künftige Sekundäranspruch in solch einem alternativen bzw. elektiven Verhältnis.

Die unechte Eventualklage ist als Relikt des gemeinen Rechts die prozeßrechtliche Konsequenz des damals geltenden Grundsatzes der Realexekution. Durch die materiellrechtliche Entwicklung, die mit der Einfügung der Fristsetzungsfälle in Gang gesetzt wurde, hat dieser Grundsatz seine Gültigkeit verloren. Wenn der Schuldner heute die Erfüllung verweigert, hat es der Gläubiger grundsätzlich in der Hand, ob er Erfüllung oder aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen will. Einer vorherigen Verurteilung wegen des primären Anspruchs bedarf es grundsätzlich nicht mehr. Selbst die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert ²⁾, oder wenn sich sein Verhalten als positive Forderungsverletzung darstellt.

1) Vgl. den Fall des § 462 BGB, wo der Gläubiger Wandlung oder Minderung beanspruchen kann.

2) Palandt/Heinrichs, § 326, Anm. 6.

Eine Ausnahme bildet § 283 BGB. Hier ist die Rechtsentwicklung insoweit auf halben Wege stehen geblieben, als nach dem Wortlaut dieser Vorschrift der Sekundäranspruch immer eine Verurteilung wegen des Primäranspruchs voraussetzt. An die Stelle der Realexekution trat insoweit der Grundsatz der Realkondemnation. Aber selbst hier ist anerkannt, daß der Gläubiger unter Vermeidung der Klage wegen des Primäranspruchs sofort Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung verlangen kann, wenn der Schuldner die Primärleistung ernsthaft und endgültig verweigert ¹⁾.

Da mithin dem Gläubiger nach materiellem Recht grundsätzlich die Möglichkeit gegeben ist, entweder Erfüllung zu verlangen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung, muß er sich für die eine oder andere Leistung entscheiden, um sie zwangsweise durchzusetzen.

Für die unechte Eventualklage fehlt es hier neben der Rechtsgrundlage heute auch an der rechtlichen Notwendigkeit. Ob die Zulassung dieser Klagenhäufung zweckmäßig ist, erscheint zweifelhaft.

Letztlich handelt es sich hierbei aber um eine Frage, die alleine der Gesetzgeber zu entscheiden hat, so wie dies für den Fall des § 510 b ZPO geschehen ist.

1) Palandt/Heinrichs, § 276 Anm. 7 e.

I. Lehrbücher

- Blomeyer, Arwed: Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. Berlin 1969
- Cosack/Mitteis: LB des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 8. Aufl. Jena 1927
- Dernburg, Heinrich: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Halle 1912
- Enneccerus/Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958
- Enneccerus/Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. Tübingen, 1. Halbband 1959; 2. Halbband 1970
- Esser, Josef: Schuldrecht, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Karlsruhe 1974
Schuldrecht Bd. 2 Besonderer Teil, 5. Aufl. Karlsruhe 1977
- Falkmann, R.: Die Zwangsvollstreckung, Berlin 1914
- Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 6. Aufl. Berlin-New York 1976
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, allgemeiner Teil, 10. Aufl. München 1973
- Furtner, Georg: Das Urteil im Zivilprozeß, 4. Aufl. München 1978
- Hellwig, Konrad: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Bd. 1 - 3 Leipzig 1903 - 1909
- ders.: System des deutschen Zivilprozeßrechts, Teil 1, Leipzig 1912
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Bd. Allgemeiner Teil, 11. Aufl. München 1976; Zweiter Bd. Besonderer Teil, 11. Aufl. München 1977
- Lehmann/Hübner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl. Berlin 1966
- Lent/Jauernig: Zivilprozeßrecht, 18. Aufl. München-Berlin 1977
- Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1929
- Linde, Justus, von: Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses, 7. Aufl. Bonn 1850
- Petersen, Julius: Die ZPO für das Deutsche Reich i.d.F. d.G. v. 17.5.1898 2 Bde. 4. Aufl. Lahr 1899, 1901.

Rosenberg/Schwab:	Zivilprozeßrecht, 12. Aufl. München 1977
Schmidt, Rudolf:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Stuttgart 1927
Schönke-Schröder-Niese:	LB des Zivilprozeßrechts 8. Aufl., Karlsruhe 1956
Schollmeyer, Friedrich:	Das Recht der einzelnen Schuldver- hältnisse im Bürgerlichen Gesetz- buch 2. Aufl. Berlin 1904
Siber, Heinrich:	Schuldrecht, Leipzig 1932
Struckmann/Koch:	Die ZPO für das Deutsche Reich, 7. Aufl. Berlin 1900
Tuhr, Andreas, von:	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Berlin 1923
Windscheid/Kipp:	Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. Frankfurt a.M. 1900/1901.

II. Kommentare

Auffahrt/Müller:	Handkommentar Kündigungsschutzgesetz, Berlin 1960
Baumbach/Lauterbach Albers/Hartmann:	Zivilprozeßordnung, 37. Aufl. München 1979
Erman, Walter:	Handkommentar zum Bürgerlichen Ge- setzbuch Bd. 1 und 2, 6. Aufl. Münster 1975
Oertmann, Paul:	Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1928
Palandt, Otto:	Bürgerliches Gesetzbuch, 38. Aufl. München 1979
Petersen/Anger:	Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. 1 und Bd. 2, 5. Aufl. 1904/1906
Planck, Gottlieb:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd. Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Berlin 1913 II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1928
Reichsgerichtsräte:	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommen- tar, herausgegeben v. Reichsgerichts- räten und Bundesrichtern, I. Bd. 1. und 2. Teil, II. Bd., 1. und 2. Teil, 11. Aufl. Berlin 1959 und 1960
Schollmeyer, Friedrich:	Kommentar zum BGB, München 1900
Seuffert/Walsmann:	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl. München 1932

- Soergel, Hans Theodor: Kommentar zum BGB, Einzelne Schuldverhältnisse, 9. Aufl. Stuttgart 1962
- Soergel/Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 1 und Bd. 2, 10. Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
- Staudinger, v.: Bd. 2, Teil 1a, §§ 241, 243 - 248, 11. Aufl. Berlin 1967;
Bd. 1, §§ 1 - 240, 10. Aufl. München 1936;
Bd. 2, Teil 1c, §§ 249 - 327 10./11. Aufl. Berlin 1967
Bd. 2a, §§ 241 - 432 2. Aufl. München 1906
- Stein/Jonas/Schoenke/ Kommentar zur ZPO, Bd. 1, 2 und 3, 20. Aufl., Tübingen 1977
- Thomas/Putzo: Zivilprozeßordnung, 10. Aufl., München 1978
- Wieczorek, Bernhard: Zivilprozeßordnung, Handausgabe, 2. Aufl. Berlin 1966
- Zöllner, Richard: Zivilprozeßordnung, Kommentar, 11. Aufl., München 1975
- III. Aufsätze, Dissertationen, Monographien und sonstige Abhandlungen
- Arens, Peter: Streitgegenstand und Rechtskraft im aktienrechtlichen Anfechtungsverfahren, Bielefeld 1960
- ders.: Prozeßrecht und materielles Recht, in AcP 1973, S. 250 ff.
- ders.: Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen, in AcP 1970, S. 392 ff.
- Behrends, Heinrich: Die Anspruchshäufung im Zivilprozeß, Diss. Berlin 1935
- Bergk, Alfred: Übertragung und Pfändung künftiger Rechte, Diss. Halle 1912
- Bettermann, Karl August: Verwaltungsakt und Richterspruch, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Jellinek, Gedächtnisschrift 1955
- Blomeyer, Arwed: La promesse de vente vaut vente, in Festschrift für Raape, Hamburg 1948
- ders.: Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozeß, in Festschrift für Lent, München 1957
- ders.: Der "Anspruch" auf Wandlung oder Minderung, in AcP 151, 97 ff.

Bötticher, Eduard:	Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1930
Boor, Hans-Otto de:	Gerichtsschutz und Rechtsschutzsystem, ein Beitrag gegen das aktionenrechtliche Denken, Leipzig 1941.
Bunte, Klaus:	Verbindung von Herausgabeanspruch und eventuellem Schadensersatzanspruch in einer Klage, in JuS 1967, S. 206f.
Brüggemann, Walter:	Die Abtretung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, Hamburg 1934
Caemmerer, Ernst von:	Wandlungen des Deliktsrechts, Karlsruhe 1960
Chamizer, Erwin:	Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld nach Deutschem Bürgerlichen Recht, Leipzig 1902
Eichler, Hermann:	Die Rechtslehre von Vertrauen, Tübingen 1950
Eltze, Herbert:	Die Durchführung des eventuellen Schadensersatzanspruches bei Herausgabeansprüchen, Diss. Dresden 1935
Ennecerus, Ludwig:	Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889
Erler Joachim:	Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers und Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, Köln 1964
Esser, Josef:	Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, in AcP 148, S 121 ff.
Fischer, Otto:	Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften, in Abhandlungen z. Privatrecht u. Zivilprozeß Bd. 26 S. 1 ff.
ders.:	Recht und Rechtsschutz, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs des BGB, Berlin 1889
Georgiades, Apostolos:	Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1968
Gernsheim, Eugen:	Die Ersetzungsbefugnis im dt. bürgerlichen Recht, Berlin 1906
Glück, Ch. F.:	Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hollfeld, Erlangen 1797-1886, Pand. IV
Habscheid, Walter J.:	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956.

- Hahn/Stegemann: Die gesamten Materielien zur Civilprozeßordnung und dem Einföhrungs-gesetz zu derselben vom 30. Jan. 1877, 2. Aufl. 1883.
- Hahnzog, Klaus: Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen, Diss. München 1962
- Hasse, Johann Ch.: Die culpa des römischen Rechts, 2. Aufl. Bonn 1828
- Haymann, Franz: Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung der Wandlungsansprüche, in GruchBeitr. 46, S. 509 ff.
- Hein, Wolfgang: Duldung der Zwangsvollstreckung, Breslau 1911
- Heilwig, Konrad: Anspruch und Klagrecht, in Beiträge zum bürgerlichen und Prozeßrecht, 1900.
- Henckel, Wolfram: Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, in AcP 1974, S. 97 ff.
- Henckel, Wolfram: Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961
- ders. Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970
- Henrich, Dieter: Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Berlin 1965
- Himmelschein, Jury: Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, in AcP 135, S. 255 ff.
- Jakobs, Horst-Heinrich: Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn 1969
- Jauernig, Othmar: Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Tübingen 1967
- Josef, Eugen: Klagen auf Leistung von Sachen oder auf Zahlung des Wertes, in JW 1910, 919
- Kaiser Christian: Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, München 1861
- Keuk, Brigitte: Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972
- Kion, Hans-Jürgen: Eventualverhältnis im Zivilprozeß, Diss. Berlin 1971
- Kleinadam: Unmöglichkeit und Unvermögen, in Fischers Abhandlungen, Bd. 7

- Klaholt, Franz: Kann die Klage auf eventuelle Interesselleistung aus § 283 BGB mit der Klage auf Erfüllung verbunden werden? In GruchBeitr. 58, S. 778ff.
- König: Der Hilfsantrag auf Wertersatz bei den Klagen auf Herausgabe einer Sache, in LZ 1917 Sp. 846 f
- Kohler J.: Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozeß, in AcP 80, S. 141 ff.
- Kohler, Siegfried: Die Pfändbarkeit zukünftiger Forderungen, Diss. Mainz 1952
- Kratzert, Felix: Wie muß die Fristsetzungserklärung des § 326 BGB beschaffen sein und wann bedarf es zur Herbeiführung der Folgen aus § 326 einer Fristsetzung nicht?, Heidelberg 1910
- Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, in AcP 1907, S. 101 ff.
- Kuhlenbeck, Ludwig: Von den Pandekten zum BGB, Bd. II, Berlin 1899
- Langheineken, P.: Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1975
- Lehmann, Heinrich: Der Einfluß des Konkurses auf Unterlassungsansprüche, in ZZP 38, 68 ff.
- Lent, Friedrich: Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand, in ZZP 72, S. 63 ff.
- Levy, M.: Die Zwangsvollstreckung aus disjunktiv-vollstreckbaren Schultiteln nach der Dt. Zivilprozeßordnung, in GruchBeitr. 36, 31 ff.
- Mattern, Friedrich: Streitwert bei Mehrheit von Ansprüchen, in NJW 1969, S. 1087 ff.
- Marquardt: Der Antrag bei Klagen auf Herausgabe, in JW 1909, S. 37 f.
- Meincke, Jens-Peter: Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag, in AcP 1971, S. 19ff.
- Menge, Carl: Urteilsbefristungen in der ZPO, Diss. Leipzig 1915
- Mommsen, Friedrich: Beiträge zum Obligationenrecht, Braunschweig, 1853/1855.
- Moos, Ernst: Die Klage auf künftige Leistung, Diss. Tübingen 1902

- Müller, Arthur: Kann bei Ansprüchen auf Leistung für den Fall, daß nichts geleistet wird, zugleich auf Schadensersatz geklagt werden, in GruchBeitr. 57, S. 807 ff.
- Neussel, Julius: Anspruch und Rechtsverhältnis, Mainz 1952
- Nikisch, Arthur: Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, in AcP 154, S. 268 ff.
- Pescatore, Gustav: Die Wahlschuldverhältnisse, München 1905
- Pohle, Rudolf: Die Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in Festschrift für Lent, München 1957
- Pieper, Helmut: Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Köln 1963
- Popper, Siegfried: Die Verbindung der Leistungs- mit der Schadensersatzklage, 1913
- Pünder, Ernst: Die Verbindung der durch Nichterfüllung eines rechtskräftig festgestellten Anspruchs bedingten Ersatzklage mit der primären Leistungsklage, in ZZP 41, S. 47 ff.
- Rabel, Ernst: Unmöglichkeit der Leistung, in Festschrift für Becker, Weimar 1907
- ders.: Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, in Rheinzeitschr. Bd.3
- Rehfeldt, Bernhard: Einführung in die Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin 1973
- Reichel, Hans: Unklagbare Ansprüche, JheringsJb Bd. 60, S. 38 ff.
- Rimmelspacher, Bruno: Materieller Anspruch und Streitgegenstandsprobleme, Göttingen, 1970.
- Röser, Felix: Ankaufsrecht, Vorhand, Einlösungsrecht, Diss. Bonn 1938
- Romeick: Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches, Fristbestimmung, Stuttgart 1901
- Roth, Günther H.: Das nachträgliche Unvermögen des Schuldners, in JuS 1968, S. 101 ff.
- Schenkel: Die Abtretung künftiger Forderungen, Diss. Erlangen 1949
- Schmidt, Eike: Die Zwecke des Zivilprozesses und seine Ökonomie, Frankfurt 1973
- Schmidt, Karsten: Zivilprozessuale und materiellrechtliche Aspekte des § 283 BGB, in ZZP 87, S. 49 ff.
- Schnorr, Carolsfeld, Ludwig von: Internationalrechtliche Fragestellungen zur Dogmatik des dt. Zivilprozeßrechts, in Festschrift für Lent 1957

- Schöller: Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB, in GruchBeitr. 45, S. 511 ff.
- Schwab, Karl-Heinz: Der Streitgegenstand im Zivilprozeß 1954
- Seckel, Emil: Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, in Festgabe für Richard Koch, 1903
- Seetzen, Uwe: Sekundäre Gläubigerrechte nach Abtretung des Hauptanspruchs aus einem gegenseitigen Vertrag, in AcP 1969, S. 354 ff.
- Sellner, G.: Zur Behandlung sogenannter Eventualanträge, in SeuffBl. 69, S. 498 ff.
- Siber, Heinrich: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht in JheringsJb Bd. 50, S. 55 ff.
- Siegel, Michael: Zur prozessualen Geltendmachung der Eigentümeransprüche, in JW 1910, S. 55 f.
- Simshäuser, Wilhelm: Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil- Handels- und Prozeßrecht, Bd. 32, Bielefeld 1965
- Stech, Jürgen: Unklagbare Ansprüche im heutigen Recht, in ZZP 77, S. 161 ff.
- Stein, Friedrich: Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes insbesondere bei der Verurteilungsklage, in Festschrift für Fitting, Halle 1903
- ders.: Zum Gesetzentwurf, betreffend die Abänderung der Zivilprozeßordnung, in ZZP 24, S. 209 ff.
- Stoll, Heinrich: Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936
- Süss, Georg: Abtretung künftiger Ansprüche, Diss. Erlangen 1910
- Thiele: Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung in JZ 1967, 649 ff.
- Titze, Heinrich: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900

Ullmann, Eike:	Die Sicherung künftiger Ansprüche durch Arrest und einstweilige Verfügung, Diss. München 1970
Weiß, Franz:	Uneigentliche Eventualanträge, Diss. Erlangen, 1932.
Wieacker, Franz:	Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen, 1956
Windscheid, Bernhard:	Die Actio des römischen Civilrechts, Düsseldorf, 1857
Würdinger, Hans:	Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff, München, 1928
Zweigert:	Leistungsklage bei verschuldeter Unmöglichkeit, in Das Recht 1908, S. 416

Lebenslauf

24.3.1944	geboren in Prag
1950 - 1954	Besuch der Volksschule in Augsburg
1954 - 1960	Besuch des Altsprachlichen Gymnasiums in Oettingen Krs. Nördlingen
1960 - 1965	Besuch des Neusprachlichen Gymnasiums in Mannheim
24.3.1965	Reifeprüfung
17.12.1969	Erste juristische Staatsprüfung
3.2.1970	Beginn des juristischen Vorbereitungs- dienstes am Landgericht Rottweil am Neckar
25.6.1973	Zweite juristische Staatsprüfung
3.3.1975	Eintritt als Regierungsassessor in die Steuerverwaltung des Landes Baden- Württemberg
29.4.1978	Ernennung zum Regierungsrat





